

Competenza e rito nel processo minorile dopo la legge n. 219 del 2012

Sommario

1. L'amministrazione della giustizia minorile: La ripartizione della competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni.....4

L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 in materia di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori in sede di separazione e di divorzio7

La giurisprudenza minorile e la dottrina contraria all'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione.14

Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione in ordine al giudice competente a disporre la modifica dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli minori (Corte di Cassazione 16 febbraio 1982 n. 961 e Corte di Cassazione 2 marzo 1983 n. 1552).....17

La competenza del tribunale per i minorenni in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità naturale.30

La forma e il procedimento da adottare innanzi al tribunale per i minorenni in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale.39

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, primo e terzo comma disp.att.c.c. in relazione alla competenza in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale e successivi orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione.44

Competenza e rito nei giudizi di accertamento della paternità o maternità naturale promossi da maggiorenni.49

La competenza del tribunale per i minorenni in ordine all'affidamento e mantenimento dei figli naturali...51

Qual è il giudice competente a provvedere in ordine all'affidamento e mantenimento dei figli naturali? ...54

La Corte Costituzionale si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 317-bis.c.c e 38.disp.att.c.c.58

La l. n. 54 del 2006 recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e sull'affidamento condiviso dei figli: aspetti sostanziali e processuali60

La problematica dell'art.4, secondo comma della legge n. 54 del 2006.....65

L'ordinanza della Corte di Cassazione 3 aprile 2007, n. 8362 in ordine a quale sia l'organo competente a conoscere dei procedimenti di affidamento e di mantenimento dei figli naturali. Un ulteriore contributo al frazionamento delle competenze nell'ambito della giustizia minorile?67

La Corte Costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art 4 comma 2 della l. n 54 del 2006.....72

2. La legge 10 dicembre 2012, n. 219 recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.....75

La ripartizione della competenza civile tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni: la modifica dell'art 38.disp.att.c.c.79

La nuova regola di competenza in relazione ai provvedimenti de potestate85

La deroga a favore del tribunale ordinario opera in relazione ai procedimenti instaurati a norma dell'art. 317-bis.c.c.?.....88

L'immediata efficacia esecutiva dei provvedimenti relativi ai minori e nuove garanzie patrimoniali.....92

La competenza in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale torna al tribunale ordinario98

Il nuovo procedimento ex. art. 250, comma 4, c.c. in caso di opposizione del genitore che ha già effettuato il riconoscimento100

L'audizione del minore.....103

L'applicabilità dei provvedimenti d'urgenza ex. art. 700.c.p.c.108

Riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale minorile: La Corte di Cassazione aveva già percorso i tempi113

L'opportunità mancata di istituire una sezione specializzata per le controversie in ambito familiare.....114

La nuova normativa devolvendo gran parte delle competenze al tribunale ordinario ha contribuito a frammentare la tutela giudiziaria in ambito familiare?.....115

Recenti disegni di legge.....118

Dottrina favorevole all'istituzione di una sezione specializzata per la famiglia119

Il rito camerale per i figli naturali: Una disparità di trattamento?120

Alcuni pareri della dottrina.....122

3. La deroga di competenza per i procedimenti de potestate.....128

La proroga di competenza in favore del tribunale ordinario: la tecnica normativa utilizzata129

La proroga opera in pendenza di un giudizio ex. art. 317-bis.c.c.? Si può ritenere tacitamente abrogato quest'ultimo dal nuovo art. 315 bis. c.c.?.....130

Il tribunale per i minorenni rimane competente per i provvedimenti ex. art. 330.c.c o si può configurare un interpretazione estensiva del novellato art. 38.disp.att.c.c?.....133

In ipotesi di modifica o revoca dei provvedimenti ex. art. 333.c.c qual' è l'organo competente?.....135

La vis attrattiva si realizza solo qualora i procedimenti siano pendenti <<tra le stesse parti>>?	136
Riunione dei procedimenti: alcune considerazioni sulla realizzazione del simultaneus processus.	137
La deroga di competenza opera soltanto laddove il procedimento sia in corso?.....	141
Protocollo d'intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale.	142
Una riflessione sulle linee guida interpretative del tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni di Brescia sull'ambito applicativo dell'art. 38 disp. att. c.c.	145
I procedimenti de potestate sono esclusi dal ricorso straordinario ex. art. 111, settimo comma, Cost.	146
La Corte di Cassazione conferma recentemente l'inammissibilità del ricorso straordinario avverso i procedimenti de potestate.	148
La nuova normativa offre un ripensamento sulla questione dell'ammissibilità del ricorso straordinario?	149
Alcune riflessioni in merito al rito camerale familiare ed ulteriori riflessioni conclusive.	151
 4. Riflessioni conclusive in merito al rito camerale.	 152
Riflessioni in merito al procedimento di riconoscimento del figlio naturale ex. art. 250, quarto comma c.c.	158
Riflessioni conclusive sull'audizione del minore	161
Alcune riflessioni sullo schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri	165

L'amministrazione della giustizia minorile: La ripartizione della competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni.

Sommario

- 1** L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 in materia di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori in sede di separazione e di divorzio.
- 2** La giurisprudenza minorile e la dottrina contraria all'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione.
- 3** Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione in ordine al giudice competente a disporre la modifica dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli minori.
- 4** La competenza del tribunale per i minorenni in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale: la modifica dell'art. 38 disp.att.c.c., ad opera dell'art. 68 l. 4 maggio 1983 n.184
- 5** La forma e il procedimento da adottare innanzi al tribunale per i minorenni ex. art. 269.c.c.
- 6** La questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, commi primo e terzo disp.att.c.c. in relazione alla competenza in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale.
- 7** Competenza e rito nei giudizi di accertamento della paternità e maternità naturale promossi da maggiorenni.
- 8** La competenza del tribunale per i minorenni in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali. Una disparità di trattamento nei confronti dei figli naturali in relazione alla tutela giudiziaria?
- 9** Qual è il giudice competente a provvedere all'emanazione dei provvedimenti per il mantenimento del figlio naturale?
- 10** La Corte Costituzionale si pronuncia sulla questione di legittimità del combinato disposto degli artt. 317-bis.c.c e 38 disp.att.c.c.

11 La l. 8 febbraio 2006, n.54 recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e sull'affidamento condiviso dei figli: aspetti sostanziali e processuali

12 L'ordinanza 3 Aprile 2007, n.8362 in ordine a quale sia l'organo competente a conoscere dei procedimenti di affidamento e di mantenimento dei figli naturali: Un ulteriore contributo al frazionamento delle competenze nell'ambito della giustizia minorile?

13 La problematica dell'art.4, secondo comma della l. n.54 del 2006

14 La Corte Costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 secondo comma della l. n.54 del 2006.

Introduzione

Il legislatore ha istituito il tribunale per i minorenni, con il R.D.L. 20 luglio 1934 n. 1404 convertito nella L. 25 maggio 1935 n.835, partendo dall'idea di creare un organo specializzato ad hoc per tutelare il minore e i suoi interessi considerati meritevoli di una tutela più improntata a determinate esigenze, visto la tenera età dei soggetti in questione; ma se in sede penale od amministrativa la minore età del soggetto costituiva un idoneo criterio per devolvere la questione ad un organo specializzato, in sede civile tale criterio appariva alquanto insufficiente.

In sede civile la posizione del minore viene in rilievo in molteplici casi, alle volte quest'ultimo è al centro della vicenda, mentre altre volte si ritrova ad essere oggetto delle vicende familiari di chi esercita la patria potestà. Il legislatore non si è curato troppo di questo rilevante aspetto, trascurando così la molteplice posizione del minore nei procedimenti in sede civile.

L'art 32 della legge istitutiva del tribunale per i minorenni si limitava a devolvere caso per caso le singole materie di competenza di quest'ultimo organo, creando così una duplice giurisdizione in ambito civile tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni.

Quest'impostazione non fu superata con l'entrata in vigore del codice civile del 1942 che si limitò a recepire passivamente i contenuti della legge istitutiva, frammentando ancora di più il sistema con la creazione del giudice tutelare.

L'art 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile opera infatti una devoluzione caso per caso delle singole materie di competenza del tribunale per i minorenni, disattendendo così le aspettative di una giurisdizione unica e improntata a una tutela specifica e professionale dei molteplici interessi del minore.

La Corte di Cassazione, come vedremo in seguito più approfonditamente, ha più volte tentato un'interpretazione estensiva del suddetto articolo, muovendosi in primis da una considerazione di carattere generale, ovvero di una progressiva tendenza delle legislazioni moderne, tesa ad affidare la materia minorile a giudici sempre più specializzati in quest'ambito poiché dotati di particolari strumenti giuridici ed organizzativi.

Anche se degna di una lodevole approvazione l'interpretazione fatta propria dal Giudice delle leggi, che vede il tribunale per i minorenni come giudice naturale della materia relativa alla tutela dei minori; questa interpretazione si scontra con il dato letterale dell'art 38.disp.att.c.c che racchiude un

elencazione di carattere tassativo, secondo l'opinione della dottrina maggioritaria, che mal si presta ad un'interpretazione estensiva.

L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 in materia di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori in sede di separazione e di divorzio

La Corte di Cassazione già prima della riforma del diritto di famiglia¹, in materia di revisione dei provvedimenti concernenti l'affidamento della prole, pur non prendendo in esame la questione specifica, visto la peculiarità del caso in esame (nella specie si trattava di provvedere, su richiesta del pubblico ministero, in merito a un minore che, ricoverato nel 1969 in una colonia, vi era stato praticamente abbandonato dai genitori divorziati), aveva espresso un indirizzo propenso alla devoluzione dei suddetti provvedimenti alla competenza del tribunale per i minorenni, basandosi sull'assunto che l'art 9 della legge 898/70, riguardante l'ipotesi di fatti sopravvenuti alla pronuncia di divorzio, non precisava al contrario dell'art. 6 della suddetta legge, che tale competenza spettasse al tribunale che pronunciava lo scioglimento (il tribunale ordinario competente nei procedimenti di separazione e divorzio). L'art. 6. l. 898/70 prevedeva un'ampia competenza ad emettere dei provvedimenti a tutela degli interessi morali e materiali dei figli dei coniugi, ed affidava tale competenza al <<tribunale che pronuncia lo scioglimento>>, volendosi indicare, con tale espressione inequivocabile, sia l'organo chiamato a provvedere alla statuizione di quest'ultimi, sia la contestualità dei provvedimenti con la pronuncia di scioglimento. Il generico riferimento al <<tribunale>> previsto nell'art.9 della legge Fortuna-Baslini era interpretato dalla Suprema Corte come se si riferisse a un organo diverso da quello indicato nei precedenti art 6 e 8 e ovvero sia al tribunale specializzato nelle controversie minorili.

In un'altra pronuncia della suddetta Corte², dove veniva trattata in maniera specifica la questione in esame, si statuiva che il tribunale per i minorenni (che non era quindi un organo speciale ma una

¹ (Cass.27 gennaio 1975, n.313 in Foro it; 1975, I,831), con annotazione di L. FLORINO)

² (Cass.18 novembre 1975, n.3864, Foro.it;1975,I,2695) cit. << La ripartizione dei compiti fra il tribunale ordinario ed il tribunale per i minorenni, che costituiscono uffici giudiziari nettamente distinti per composizione, circoscrizione e sfera di attribuzioni, attiene, anche quando i due suddetti uffici abbiano la stessa sede, alla competenza in senso tecnico e non alla mera attribuzione del lavoro fra giudici dello stesso ufficio. Ne consegue che è ammissibile l'istanza per regolamento di competenza al fine di risolvere le controversie relative ai limiti delle attribuzioni riservate dalla legge ai detti organi.>>)

specializzazione del giudice ordinario) e il tribunale ordinario costituendo due uffici nettamente distinti, la ripartizione tra i loro rispettivi incarichi apparteneva alla cosiddetta competenza in senso tecnico, non si trattava quindi di ripartire degli incarichi tra giudici dello stesso ufficio.

In quest'ultima pronuncia, riproponendo la stessa argomentazione vista in precedenza, veniva in rilievo un altro profilo ovvero quello che ogni provvedimento sull'educazione ed istruzione dei minori dovendo realizzarsi sotto la vigilanza del giudice tutelare, i relativi provvedimenti erano perciò soggetti a reclamo, a norma dell'art 45.disp.att.c.c, innanzi al tribunale per i minorenni.

Era stato giustamente osservato che aderendo alla tesi che ogni provvedimento relativo ai figli minori dei coniugi divorziati doveva essere adottato dal tribunale ordinario, si poteva avere un contrasto tra i provvedimenti del tribunale per i minorenni, presi in sede di reclamo, in ordine all'esercizio in concreto dei poteri sui figli spettanti al coniuge affidatario, e quelli del tribunale ordinario in sede di revisione delle disposizioni relative ai figli contenute nella sentenza di divorzio.

A sostegno di questo orientamento la Corte ricordava anche l'analogo indirizzo giurisprudenziale³ che attribuiva al tribunale per i minorenni la competenza in ordine ai provvedimenti concernenti l'affidamento della prole nata dal matrimonio dichiarato nullo, anche se detti provvedimenti implicavano modificazioni fissate in sede di separazione personale, non avendo più ragione d'essere la deroga prevista dagli art. 155.c.c e 710.c.p.c..

Ai fini di una precisazione al riguardo di questo tema dibattuto, la Suprema Corte esprimendo il suo favor verso un ampliamento delle competenze del tribunale minorile, riprendeva una corrente di pensiero che si era già formata presso le giurisdizioni inferiori.

Possiamo vedere ad esempio come in una pronuncia, il tribunale per i minorenni di Firenze⁴, mettendo in correlazione l'art.9 della legge sul divorzio con l'art. 710.c.p.c , poggiava la sua argomentazione, richiamando l'orientamento della Corte di cassazione in un suo precedente, in relazione alle ipotesi di nullità del vincolo matrimoniale, in cui si stabiliva che per escludere la competenza del tribunale per i minorenni era << sufficiente rilevare come il tribunale per i minorenni, nella materie civili di sua competenza ed in particolare nelle materie regolate dall'art. 333.c.c. provvede con le forme della giurisdizione volontaria, cioè in camera di consiglio e senza la garanzia del contraddittorio>>.

Ebbene, partendo da quest'ultima statuizione, il tribunale per i minorenni di Firenze sosteneva che l'art. 9 della legge sul divorzio prevedendo per la revisione delle disposizioni concernenti

³ (Cass.23 maggio 1955,n.1525, Foro it; Rep. 1955, voce Separazione di coniugi, n.102;)

⁴ (Trib.min.Firenze 21 settembre 1973, Foro it; 1974, I, 259, con ampia nota redazionale di G.PETRONE,cui adde al contrario a favore della competenza al tribunale ordinario)

l'affidamento dei figli, proprio la procedura in camera di consiglio, ossia quel procedimento tipico del *modus procedendi* del tribunale per i minorenni, a differenza dell'art. 710.c.p.c. previgente che prevedendo per la revisione dei suddetti procedimenti le forme del processo ordinario, arrivava così a sostenere la competenza del tribunale minorile in ordine ai suddetti provvedimenti di revisione. Continuando su quest'argomentazione, si evidenziava come ci si trovasse di fronte alla stessa situazione giuridica, nell'ipotesi di figli minori nati in caso di scioglimento o cessazione del vincolo matrimoniale e di figli minori nati da dei genitori il cui vincolo matrimoniale sia stato annullato o mai venuto ad esistenza ma che però avevano provveduto a riconoscere entrambi i figli.

Il tribunale per i minorenni di Firenze giungeva alla conclusione che in tutte queste ipotesi, ci si trovava di fronte a dei figli nati da genitori tra cui non esisteva un rapporto di coniugio e poiché non c'era dubbio che nel caso di annullamento del matrimonio, o di riconoscimento dei figli da parte di entrambi i genitori non uniti in matrimonio, la competenza sui provvedimenti inerenti all'esercizio della patria potestà spettava al tribunale per i minorenni, qualora fosse un dato acquisito l'attribuzione della revisione dei provvedimenti sull'affidamento della prole di coniugi divorziati, sarebbe fondato un dubbio di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3.Cost., per cui le medesime situazioni dovevano essere trattate in modo uguale.

Riguardo questa ulteriore riflessione che gettava le basi sulla discriminazione operata tra figli legittimi e figli naturali torneremo in seguito per una più approfondita evoluzione poiché il dibattito riguardante questo tema è stato lungo e travagliato sin da prima della riforma del diritto di famiglia del 1975.

Tornando sull'evoluzione dell'orientamento della Corte di Cassazione, quest'ultima continuando su questa linea interpretativa, ovvero asserendo per l'ampliamento delle competenze del tribunale specializzato, compieva un ulteriore passo⁵ verso una devoluzione unitaria dei provvedimenti di modifica concernenti l'affidamento dei figli minori, non solo in caso di matrimonio nullo e di divorzio ma anche in caso di separazione, dove prima di allora non si erano rilevati dei precedenti al riguardo, visto l'impossibilità di attrarre dalla competenza del tribunale ordinario l'art. 710 e 711.c.p.c. , poiché queste ultime norme richiedendo l'osservanza delle <<forme del processo ordinario>> per la modifica delle disposizioni riguardanti i coniugi e i figli contenute nella sentenza di separazione giudiziale, non potevano essere estese alla cognizione del tribunale specializzato poiché quest'ultimo organo secondo l' enunciato dell'art. 38.disp.att.c.c <<provvede in camera di consiglio>>.

⁵ (Cass; 19 novembre 1976, n.4333 in Foro ital; 1976,I,col.2768)

La Corte per motivare la sua statuizione, prendeva in esame l'art. 317, secondo comma c.c., richiamante l'art.155, ultimo comma c.c., entrambi riformulati dalla legge di riforma del 1975.

L'art. 317.c.c enuncia il principio per cui la potestà spetta ad entrambi i genitori anche se si verifica una causa di annullamento, separazione, scioglimento del vincolo o cessazione degli effetti civili del matrimonio e che tale titolarità spetta anche se il figlio minore è affidato ad uno di essi e in ultima battuta richiama l'art. 155.c.c per la disciplina dell'esercizio della potestà. Quest'ultimo articolo, ricalcava con un'analogia formulazione l'art. 6 della legge sul divorzio e valgono anche in questo caso le riflessioni precedenti di cui all'art. 9 della legge 898/70 sui dubbi interpretativi causati dalla vaghezza della disposizione.

L'art.155.c.c prevedeva che lo stesso giudice che provvedeva alla separazione (e il principio andava esteso rispettivamente al giudice che pronuncia il divorzio o l'annullamento) aveva la facoltà di statuire sull'affidamento della prole minorile. Si prevedeva poi che, il coniuge non affidatario aveva il diritto-dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione della prole e gli attribuiva la facoltà di adire il giudice nel caso in cui il coniuge non affidatario ritenesse che erano state assunte delle decisioni pregiudizievoli al loro interesse. Il previgente articolo stabiliva inoltre il potere del giudice, in presenza di gravi motivi, di ordinare che la prole fosse affidata presso una terza persona o in un istituto di educazione. Ed infine si prevedeva la possibilità di revisione <<in ogni tempo>> dei provvedimenti di cui alle precedenti disposizioni.

La disposizione in esame non era affatto chiara in merito all'individuazione del giudice competente sul ricorso del coniuge non affidatario per le decisioni assunte dall'altro coniuge (terzo comma) e sul giudice competente a provvedere alla revisione dei precedenti provvedimenti (ultimo comma).

La Corte partendo dal presupposto che la legge di riforma del diritto di famiglia aveva ampliato le competenze del tribunale per i minorenni, novellando l'art 38.disp.att.c.c al fine di estendere la sua competenza in merito alla titolarità e all'esercizio della patria potestà e quindi tenendo presente la stretta connessione tra affidamento dei figli ed esercizio della patria potestà, si poteva ritenere competente il tribunale per i minorenni in ordine alla revisione dei provvedimenti ai sensi degli art.155, ultimo comma, c.c. Il tribunale ordinario pertanto esauriva il suo compito nel momento in cui pronunciava la separazione giudiziale o omologava la separazione consensuale, con la conseguenza che ogni successiva istanza, diretta a sollecitare provvedimenti concernenti i figli, ai sensi dell'art.155, ultimo comma, c.c., ivi compresa quella rivolta a conseguire la osservanza da parte del coniuge affidatario delle disposizioni dettate con la separazione spettava al tribunale per i minorenni. L'art 38.disp.att.c.c novellato dalla legge n.151 del 1975 attribuiva (e attribuisce tutt'ora)

esplicitamente al tribunale per i minorenni i provvedimenti di cui agli artt. 316 e 330.c.c che riguardano l'esercizio della potestà dei genitori e la decadenza da quest'ultima. Considerando che l'art.155, ultimo comma, c.c. così riformulato comportava una modifica dell'esercizio della potestà dei genitori non poteva negarsi la stretta connessione tra affidamento della prole ed esercizio della potestà. Il difetto del ragionamento autorevole della Corte di Cassazione risiedeva nella formulazione dell'art. 38.disp.att.c.c, il cui contenuto mal si prestava ad un'interpretazione estensiva, poiché quest'ultima disposizione indicando specificamente i provvedimenti di competenza del tribunale per i minorenni, non comprendeva quelli contemplati dall'art.155. c.c. e dall'art. 317.c.c. e disponeva infine nell'ultimo comma che << sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria>>.

La Corte spiegava il perché di questa lacuna dell'art. 155.c.c argomentando dal presupposto che quest'ultimo articolo (tranne che per l'ultimo comma) conteneva dei provvedimenti che dovevano essere emessi dal giudice in ordine ai figli nel momento stesso in cui veniva pronunciata la separazione dei genitori. Questo articolo così riformulato dalla legge riformatrice non si limitava più come nella precedente formulazione a disporre essenzialmente a quale dei due coniugi dovesse andare il figlio minore, ma aggiungeva questa formulazione << il coniuge cui sono affidati i figli salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi>> , ciò significava che il giudice oltre a prendere tutti i provvedimenti che più riteneva opportuni a tutelare l'interesse del minore, poteva anche statuire in ordine all'esercizio della potestà da parte dei coniugi, quest'ultimo aveva quindi pieni poteri in relazione a una decisione sull'affidamento esclusivo in capo a uno dei due coniugi.

In questo specifico caso vi era quindi una stretta connessione tra affidamento della prole e il rapporto di coniugio che necessitava di un'unica trattazione di fronte allo stesso giudice competente in materia di separazione e divorzio. Ma eravamo di fronte a un caso diverso quando oramai essendo stata chiusa con giudicato la causa di separazione dei genitori, poteva sopravvenire la necessità di modificare i provvedimenti di affidamento della prole, ovvero eravamo di fronte all'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art.155. c.c. In questa specifica ipotesi delineata dall'ultimo comma dell'art. 155.c.c non si riscontravano le stesse ragioni che comportavano ad un'unica trattazione in capo al giudice ordinario poiché non eravamo di fronte a un giudizio che necessitava di una visione onnicomprensiva della vicenda familiare nella sua intera complessità come nelle vicende di separazione e di divorzio quindi se si poteva benissimo spiegare la motivazione dell'omessa indicazione dell'art. 155.c.c. tra i provvedimenti da attribuire alla competenza del tribunale per i minorenni, tale ragione non sussisteva

per i provvedimenti di cui all'ultimo comma del suddetto articolo, poiché venivano a mancare le stesse ragioni di economia processuale e di opportunità determinanti invece per le ipotesi delineate dai commi precedenti. Inoltre a conferma di questo orientamento la Corte riteneva di poter affermare una progressiva tendenza delle legislazioni moderne ad affidare al giudice minorile tutta la materia relativa all'esercizio della potestà e all'affidamento della prole, a causa della sua specializzazione, esperienza e qualificazione professionale, oltre che per l'ampiezza dei mezzi di indagine, di cui invece era sprovvisto il tribunale ordinario.

All'indomani della riforma del diritto di famiglia operata dalla legge 19 maggio 1975 n.151, il legislatore non prese atto delle problematiche in sede processuale della tutela dei minori, tralasciando l'opportunità o meno di istituire un organo specializzato nell'ambito familiare, il cosiddetto Tribunale della famiglia, quest'ultimo avrebbe dovuto racchiudere al suo interno tutte le questioni giudiziarie relative ai figli minori che fino ad oggi sono spartite tra tribunale per i minorenni, tribunale ordinario e giudice tutelare. In verità l'art.38 disp.att.c.c. conteneva nella sua originale formulazione come presentata al Senato alla 406 seduta del 25 febbraio 1975, l'attribuzione al Tribunale per i minorenni della competenza agli interventi previsti dal previgente articolo 155, terzo comma (controllo dell'operato del coniuge affidatario, intervento del giudice ove il coniuge non affidatario ritenga che nei confronti dei figli minori siano state assunte decisioni pregiudizievoli ai loro interessi). Quest'ultima aggiunta sembrava una disposizione accettabile che rispecchiava l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione che in molti precedenti aveva affermato.

Ma nemmeno questa piccola cesura al sistema fu approvata poiché in quella stessa seduta del 25 febbraio 1975 la Commissione stessa presentava un emendamento che escludeva dalla competenza del Tribunale per i minorenni ogni riferimento agli interventi previsti dall'art 155 c.c.

L'emendamento venne approvato col parere favorevole del ministro di Grazie e Giustizia dopo un intervento del relatore Viviani il quale disse testualmente << Il riferimento fondamentale tolto è questo: secondo il disegno di legge, dopo la separazione personale, tutto ciò che riguarda i figli sarebbe stato di competenza del Tribunale per i minorenni. Noi invece con questo emendamento affermiamo che dopo la separazione rimane ugualmente di competenza del tribunale ordinario ciò che riguarda i figli perché non ci sembra né per la certezza del diritto né per la serietà della giustizia che sia possibile mettere in contraddizione magari dopo pochissimo tempo, una decisione del Tribunale ordinario con una decisione del Tribunale per i minorenni>>.

La giustificazione che venne adottata dal legislatore non era delle più soddisfacenti, poiché i provvedimenti di affidamento della prole avendo efficacia rebus sic stantibus, il giudice specializzato

sarebbe potuto intervenire solo in presenza di fatti sopravvenuti nuovi o diversi, senza il rischio di capovolgere la precedente statuizione.

La Corte di Cassazione invece non accettava la soluzione accolta dal Parlamento e propendeva per attribuire tutte le questioni relative all'affidamento della prole al tribunale per i minorenni. In una sentenza⁶ per citarne una delle numerosi statuizioni su questa tematica, la Corte regolatrice non poteva essere più chiara "Il testo letterale dell'art.38 disposizione di attuazione al codice civile, così come modificato dall'art. 221, L. 19 maggio 1975, n.151, sulla riforma del diritto di famiglia, porterebbe a propendere per la tesi opposta in quanto in tale norma si indicano specificamente in base all'articolo di legge che li prevedono, i provvedimenti attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni e tra tali articoli non è compreso l'art.155 c.c." Una tale affermazione, seguita poi da una statuizione contraria, rendeva evidente il fatto che pur rendendosi conto di dare un'interpretazione alquanto arbitraria, i giudici della Corte di Cassazione ritenevano che la loro interpretazione fosse la più opportuna e la più idonea a tutelare gli interessi dei minori. In queste pronunce la Corte di Cassazione aveva ritenuto il tribunale per i minorenni competente in ordine ad ogni provvedimento di revisione concernente la prole, successivamente arrivò a precisare che il tribunale per i minorenni era competente in relazione alla modifica dei provvedimenti concernenti l'affidamento dei minori, mentre il tribunale ordinario era competente in relazione alla modifica dei provvedimenti concernenti il mantenimento⁷. La Corte aveva affermato che la modifica del provvedimento concernente l'obbligo di mantenimento verso il figlio minore riguardava solamente degli aspetti di natura patrimoniale che non andavano a condizionare le modalità di affidamento e perciò non comportava una valutazione del preminente interesse del minore, quindi la domanda diretta a modificare tale provvedimento era attribuita alla cognizione del giudice ordinario, competente ex. art. 38.disp.att.c.c << in ordine ai provvedimenti per i quali non era espressa la competenza di una diversa autorità giudiziaria>>. A completamento dell'esposizione, quindi riassumendo brevemente, la Corte di Cassazione tracciava la linea di discriminare della competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni in base alla pendenza o meno del processo di separazione, di divorzio o di nullità poiché una volta che era stata emessa la sentenza definitiva in ordine a tali situazioni, veniva meno il collegamento necessario tra il capo della sentenza principale e quello accessorio relativo all'affidamento dei figli minori e quindi

⁶ (Cass. 6 giugno 1979, n.3192 in Giur.ital;1980,I,665; in Giust.civ 1979,I, 2084 con osservazioni di A.FINOCCHIARO)

⁷ (vedi ad esempio Cass. civ. 12 aprile 1979, n. 2162, Foro.it.,1979, I, 1125; Cass.civ. 17 febbraio 1982, n. 989 in Foro.it., 1982 Mass., 221)

per la modificazione di quest'ultimo provvedimento ci si doveva rivolgere necessariamente al tribunale per i minorenni.

La giurisprudenza minorile e la dottrina contraria all'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione.

L'indirizzo giurisprudenziale fatto proprio dalla Corte di Cassazione non era condiviso dalla dottrina dominante e neanche dalle giurisdizioni inferiori. La situazione all'epoca non era rispondente alle esigenze dei minori poiché si era venuto a creare una tale confusione tra le competenze del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni per cui le vicende giudiziarie di questi ultimi venivano spostate o all'uno o all'altro con tempi decisamente lunghi e dilazionatori.

Secondo la Corte di Cassazione il tribunale per i minorenni era l'organo specializzato ad hoc per le controversie giudiziali minorili, il più adatto visto la sua composizione fisiologica (ne fanno parte ad esempio medici, psichiatri, psicologi, sociologi, pedagoghi, ovvero un personale con delle specifiche competenze più idonee a interagire con la situazione del minore) a risolvere le questioni sull'affidamento della prole all'uno o all'altro genitore.

A prescindere dalla questione che concerneva l'individuazione dell'organo giudiziario di migliore idoneità, ovvero se il tribunale per i minorenni fosse o meno il più qualificato a statuire sulla materia, la situazione che si era prospettata all'epoca non era di certo la più favorevole alle esigenze dei minori. Si assisteva a dei tribunali ordinari che declinavano la loro competenza a favore del tribunale per i minorenni e viceversa vari tribunali per i minorenni si ritenevano incompetenti e declinavano a loro volta la competenza ai tribunali ordinari, altri ancora come il tribunale per i minorenni di Firenze⁸ che interveniva a modificare il solo ammontare dell'assegno di mantenimento (al riguardo bisogna segnalare l'intervento del tribunale specializzato, che aveva utilizzato un diverso metodo di determinazione del provvedimento di mantenimento in favore dei figli minori, il giudice non era andato a controllare con precisione il reddito del genitore non affidatario, ma prendendo in esame l'art. 148.c.c che nel suo contenuto parla di "capacità", aveva statuito che ogni genitore doveva garantire in base alle proprie capacità il minimo esistenziale alla prole).

⁸ (Tribunale per i minorenni Firenze, 6 maggio 1980, in Giur.it.1980, I, 2, 648)

Il tribunale per i minorenni era diventato il giudice di secondo grado delle decisioni del tribunale ordinario in materia di affidamento dei figli, e il moltiplicarsi dei gradi di giudizio significava solamente procrastinare per troppo tempo una situazione molto delicata che necessitava invece di una decisione veloce e immediata per non turbare ancora di più un quadro familiare particolarmente delicato e fragile. In dottrina possiamo trovare un'ampia critica da parte di diversi autori che contestavano l'indirizzo giurisprudenziale della Cassazione con varie argomentazioni.

Cercando di riassumere la variegata dottrina dell'epoca, la critica contestualizzava più che altro il mancato rispetto del tenore letterale dell'art. 38 disp. att. c.c., il cui contenuto si limitava a fornire un'elencazione tassativa di provvedimenti la cui competenza era rimessa al tribunale per i minorenni e infine delineava all'ultimo comma una competenza residua a favore del tribunale ordinario per i provvedimenti per i quali non è prevista una diversa autorità giudiziaria.

Dalla legge di riforma del 1975 non emergeva una sorta di lacuna da parte del legislatore, nel voler omettere dall'elenco contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c., la disciplina presente nell'art. 155 c.c., ma rivelava al contrario una volontà esplicitamente decisa nel non voler affidare tale competenza al tribunale per i minorenni e di privilegiare bensì l'attribuzione della suddetta al tribunale ordinario, come risultava chiaramente dai lavori preparatori della riforma, dove l'art. 155 comma 3 c.c. era stato in un primo tempo incluso fra i provvedimenti di competenza del tribunale per i minorenni, ma poi successivamente venne rimosso nella definitiva approvazione, con la motivazione che era più opportuno evitare un doppio grado di giudizio ad opera del tribunale per i minorenni, poiché c'era il rischio che dopo tempo quest'ultimo avrebbe potuto capovolgere la precedente statuizione del giudice ordinario.

In dottrina ad esempio, M. Finocchiaro⁹, per il quale non si poteva affermare che il legislatore riteneva senza ombra di dubbio, il tribunale minorile il più idoneo alla risoluzione del problema dell'affidamento della prole, poiché secondo l'autore, al giudice ordinario erano devolute le questioni relative all'affidamento dei minori in sede di separazione, di divorzio e di nullità del matrimonio e quindi il legislatore avrebbe potuto ritenere inadeguato il tribunale specializzato in ordine alla revisione dei suddetti provvedimenti e infatti prendendo in esame, ad esempio l'art. 155 c.c. che demandava l'adozione dei provvedimenti di cui al primo comma al giudice della separazione, non si poteva dedurre che esisteva una competenza funzionale ed esclusiva del tribunale per i minorenni in ordine alla tutela dei minori.

⁹ (M. FINOCCHIARO, Qual'è il giudice competente a disporre la modifica delle condizioni della separazione relative ai minori? (nota a Cass; 13 aprile 1978, n. 1760 in Giustizia civile 1978, I, 1240)

Dello stesso avviso cfr. L. Grassi¹⁰, il quale sosteneva che nessuna disposizione, a parte quella dell'art. 252.c.c., attribuiva al giudice minorile una competenza sull'affidamento della prole e inoltre secondo l'autore non si poteva costituire una linea di discriminazione della competenza sulla base della disponibilità o meno di strumenti giuridici ed organizzativi particolari rispetto all'esperienza e la cognizione che il giudice ordinario traeva dalle cause di separazione e divorzio.

Secondo G. Bombarda¹¹ invece, l'organo giudiziario competente in ordine alla revisione dei provvedimenti di affidamento della prole doveva essere il tribunale ordinario quando la richiesta sarebbe stata proposta da uno dei coniugi ed anche se la causa pendente fosse stata la condotta pregiudizievole del coniuge affidatario; invece la competenza sarebbe spettata al tribunale per i minorenni quando la richiesta sarebbe stata pervenuta dal pubblico ministero o dai parenti.

C. Punzi¹² al contrario riconosceva la competenza del tribunale per i minorenni ritenendo che la normativa di cui all'art. 155.c.c., in tema di esercizio della potestà dei genitori, in caso di annullamento, separazione, scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio si ricollegava alla disciplina generale dell'esercizio della potestà sancita dall'art. 315 e segg. c.c.

L'autore quindi sosteneva che il rinvio operato dall'art. 317.c.c. all'art. 155.c.c. era giustificato in quanto i provvedimenti emessi in quelle specifiche situazioni andavano a modificare il regime ordinario dell'esercizio della potestà genitoriale disciplinata dall'art. 315 e segg. c.c. e da ciò appariva alquanto discriminatoria una differenziazione della competenza in tema di esercizio della potestà in base al fatto se i genitori fossero stati o meno divorziati, separati o così via dicendo.

Ancora ad esempio l'opinione contraria di A. Finocchiaro e M. Finocchiaro¹³, i quali ritenevano inammissibile l'estensione della competenza del tribunale specializzato sulla base che il legislatore avesse attribuito a quest'ultimo una competenza generale in tema di esercizio della potestà prescindere dall'elencazione tassativa dell'art. 38 disp. att. c.c., e quindi secondo quest'ultimi era alquanto improbabile ritenere il tribunale per i minorenni l'organo più adatto nella risoluzione delle controversie concernenti i minori.

¹⁰ L. Grassi, Modifica delle condizioni della separazione e del divorzio relative ai minori e giudice competente, in *Dir. Giur.*, 1977, 49.

¹¹ (Cass. civ. 19 novembre 1976, n. 4333, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, 1275 n. G. BOMBARDA, Sulla competenza a modificare le disposizioni in ordine ai figli precedentemente adottate dal tribunale civile, in sede di separazione, annullamento o scioglimento del matrimonio)

¹² C. Punzi, L'intervento del giudice nei rapporti familiari, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, I, 165

¹³ A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, Riforma del diritto di famiglia, Milano, III, 301 e segg.

Anche gli stessi tribunali per i minorenni¹⁴ non trovavano conforme l'orientamento dominante della Cassazione, ad esempio in una sentenza del tribunale minorile dell'Emilia Romagna¹⁵ si sosteneva come gli artt. 710 e 711.c.p.c in correlazione all'art.38.disp.att.c.c. fondassero la competenza del tribunale ordinario, poiché gli articoli in questione (710 e 711.c.p.c) prescrivendo le forme del processo ordinario per le modificazioni delle disposizioni riguardanti l'affidamento della prole in sede di separazione legale, tale competenza non poteva essere perciò attribuita al tribunale per i minorenni. L'argomentazione sostenuta dal tribunale specializzato contrastava così l'affermazione della Corte di Cassazione¹⁶ per cui appariva in palese contrasto il terzo comma dell'art. 38.disp.att.c.c, poiché disponendo che << in ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero>>, induceva ad ipotizzare agli occhi dell'interprete che il suddetto articolo non stesse facendo distinzioni tra i provvedimenti rientranti nella competenza residua del tribunale ordinario e tra i provvedimenti attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni, sembrava quindi un riferimento ad entrambi gli organi giudiziari.

Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione in ordine al giudice competente a disporre la modifica dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli minori (Corte di Cassazione 16 febbraio 1982 n. 961 e Corte di Cassazione 2 marzo 1983 n. 1552)

La Corte di Cassazione con un decisivo cambio di interpretazione in una prima sentenza (Corte di Cassazione 16 febbraio 1982 n. 961)¹⁷ analizzava e criticava punto per punto il precedente orientamento a favore della competenza funzionale del tribunale per i minorenni in ordine all'emanazione dei provvedimenti di modifica dell'affidamento della prole.

¹⁴ (vedi ad esempio Trib.minorenni Bologna 3 luglio 1980, in Dir. famiglia, 1980, 1182, in Giur.it., 1981, I, 2, 680, con osservazioni di DOGLIOTTI; Trib.minorenni Genova 12 agosto 1980 in Giur.it., 1981, I, 2, 10 con osservazioni di VERCELLONE; T. Verona 29 luglio 1982, in Giur.it., 1984, I, 2, 423, con osservazioni di VENTURINI, in Giur.merito, 1983, 1192)

¹⁵ (Trib.min Emilia Romagna, 30 ottobre 1975, in Dir.Famiglia, 1976, 152)

¹⁶ (Cass.civ. 27 luglio 1978,n. 3778, in Giur.It.,1979, I,1, 608) vedi anche conforme alla massima (Cass.civ. 6 giugno 1979, n.3192 in Giust.civ.,1979,I, 2084)

¹⁷ (Cass.civ; 16 Febbraio 1982,n.961 in Foro.it; 1982,I,2260; in Giust.civ;1982,I,593; in Dir.Famiglia,1982,471,con osservazioni di DALL'ONGARO,ARRIVAS)

Riassumendo brevemente al fine di riprendere la diatriba giurisprudenziale in questione; nelle prime statuizioni sull'argomento in esame la Cassazione aveva stabilito la competenza del tribunale per i minorenni in ordine all'emanazione dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli minori che erano stati precedentemente emanati in sede di divorzio o nullità del matrimonio, successivamente estendeva anche questa competenza in relazione ai suddetti provvedimenti emanati in sede di separazione giudiziale o di separazione consensuale omologata, successivamente veniva affermata la distinzione in base al tipo di provvedimento emanato, ovvero la domanda concernente la modifica del mantenimento del figlio minore rientrava nella competenza del giudice ordinario, mentre viceversa quella diretta solo a modificare l'affidamento dei figli minori rientrava nella competenza del tribunale specializzato¹⁸.

Cercando di sintetizzare brevemente, i punti salienti su cui poggiava il precedente orientamento erano i seguenti; a) la stretta connessione tra affidamento dei figli ed esercizio della potestà visto l'attribuzione di competenza sancita dall'art. 38 disp. att. c.c. dei provvedimenti in tema di decadenza della potestà (art. 330.c.c) o di comportamenti pregiudizievoli dei genitori (art. 333.c.c) e vista la difficoltà da parte dell'interprete di tracciare una linea di confine netta tra la domanda di modifica dei provvedimenti sull'affidamento basata su dei comportamenti pregiudizievoli del genitore e la richiesta di modifica al contrario basata su fatti propri indipendenti da condotte riprovevoli, era affermata la competenza funzionale del tribunale per i minorenni in ordine a tutte le questioni inerenti l'esercizio della potestà genitoriale. b) un'altra questione che fondava la competenza del tribunale minorile era quella derivante dal fatto che secondo l'art. 710.c.p.c la modifica delle condizioni di separazione poteva essere richiesta solo dalle parti, mentre l'art. 336.c.c prevedeva l'intervento da parte del pubblico ministero e dei parenti in caso di inattività dei genitori. c) un'altra questione faceva rilievo sul fatto che la dottrina e le giurisdizioni minorili, i quali affermavano la competenza del tribunale ordinario, ritenevano che il giudice della revisione dei suddetti provvedimenti doveva essere lo stesso giudice che li aveva emanati in un primo tempo, ma quest'interpretazione a parere della Corte regolatrice non poteva avere delle basi fondate poiché il giudice ordinario era individuato sulla base dei generali criteri di competenza per territorio che sono variabili e che quindi anche se si propendesse per questa tesi, ci si troverebbe di fronte a un giudice diverso da quello che aveva emanato i provvedimenti di affidamento della prole in un primo tempo nel corso del giudizio relativo al rapporto di coniugio. d) un'altra questione interessava la distinzione di competenze tra il tribunale ordinario e

¹⁸ (Cass.civ; 10 ottobre 1983, n.5879. in Rep. 1983, Separazione di coniugi [6130] n.92) (Cass.civ; 17 Febbraio 1982,n.989; in Mass; 1982; in Rep. 1982, Competenza civile [1420] n.24,)

il tribunale per i minorenni fondata sulla circostanza che il giudice minorile era competente sulle questioni di natura personale mentre viceversa il giudice ordinario aveva la cognizione su quelle situazioni concernenti elementi di carattere patrimoniale. e) un' ultima argomentazione a favore della competenza del tribunale minorile era quella che metteva in rilievo la circostanza che l'ampliamento delle competenze del tribunale per i minorenni operata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 era espressione di quella generale tendenza delle legislazioni moderne che affidavano la tutela della prole minorile a dei giudici sempre più specializzati in queste particolari e delicate tematiche che vedevano l'infante al centro della controversia giudiziale e quindi facendo leva su quest'argomento la competenza funzionale del tribunale per i minorenni poteva essere derogata solo in presenza di ragioni di economia processuale, di connessione o di accessorietà con altre statuizioni inerenti il rapporto di coniugio.

La Corte di Cassazione in questa sua prima statuizione contraria all'indirizzo dominante, affrontava i vari punti sopra elencati asserendo innanzitutto che l'art. 38.disp.att.c.c contenente un'elencazione tassativa non richiama né l'art. 155.c.c e neanche l'art. 317.c.c. (che opera un rinvio generale all'art. 155.c.c), ma ricomprendeva nell'elenco solamente gli artt. 316 e 317-bis c.c.

La Corte rilevava infatti che l'art. 317.c.c << non costituisce argomentazione né per fondare né per escludere la competenza del tribunale per i minorenni, trattandosi di norma che si limita a stabilire che la potestà dei genitori non cessa nelle ipotesi di affidamento della prole ad uno dei genitori e ad attribuire l'esercizio esclusivo della potestà in deroga al principio di cui all'art.316, secondo comma c.c. in caso di impedimento di uno di essi (art. 317, primo comma. c.c.) o in caso di separazione, scioglimento o annullamento del matrimonio (combinato disposto degli artt. 155 e 317 comma 2.c.c) senza prevedere alcun intervento del giudice, con la conseguenza che non si vede a quale titolo tale norma avrebbe potuto essere inserita nel più volte citato art. 38.disp.att.c.c.>>¹⁹.

La Corte regolatrice sosteneva infatti che il problema non andava risolto guardando il combinato disposto degli artt. 155. e 317.c.c, ma bensì esaminando l'art. 38.disp.att.c., per constatare se fosse fondata o meno l'opinione di coloro che ritenevano che il tribunale per i minorenni avesse una competenza funzionale ed esclusiva su tutte le controversie inerenti l'esercizio della potestà, e a parere della Corte la competenza di quest'ultimo in ordine alle controversie inerenti l'affidamento era affermata solamente nei casi di decadenza della potestà e di limitazione della suddetta a causa del comportamento pregiudizievole del genitore (artt. 330.c.c e 333.c.c) e non poteva quindi affermarsi

¹⁹ Cfr. Cass. 16 febbraio 1982 n. 961

una competenza funzionale in ordine all'esercizio della potestà basandosi sull'assunto che l'art. 317-bis.c.c.²⁰ (che fondava la competenza del tribunale per i minorenni in ordine all'esercizio della potestà sui figli naturali) poteva estendersi anche ai figli dei coniugi divorziati.

Il tema sulla discriminazione operata verso i figli naturali in contrapposizione alla tutela apprestata ai figli legittimi è degno di una trattazione a sé più sistematica e organica che verrà affrontata più avanti, qui ci limiteremo a dire che i tempi non erano ancora maturi per una presa di coscienza della tematica che vedeva i figli naturali ancora penalizzati sul piano della tutela processuale rispetto ai figli legittimi.

La Corte infatti partiva dall'assunto, basandosi sull'art. 30.Cost, che era la disciplina della prole legittima a doversi estendere a quella naturale e non viceversa. E anzi secondo la Corte quest'argomento può avvalorare la tesi che propendeva per la competenza del tribunale ordinario visto che in tema di affidamento era mancato qualsiasi riferimento normativo alla prole naturale ma viceversa si era verificato per la prole legittima. Continuando nell'esame dei punti di forza del precedente orientamento, la Corte asseriva ancora che non appariva rilevante la difficoltà di distinguere tra le ipotesi di condotte pregiudizievoli dei genitori che fondavano i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333. c.c. e le ipotesi di fatti indipendenti da comportamenti riprovevoli poiché era proprio il motivo della richiesta di modifica del provvedimento di affidamento che costituiva la causa petendi e che individuava così il giudice competente anche perché a parere della Corte continuando con questa linea interpretativa si sarebbe fondata una competenza sulla base di una difficoltà ad individuare la norma da applicare al caso concreto. Inoltre secondo la Corte non appariva fondata la distinzione che vedeva il tribunale per i minorenni competente nelle questioni cosiddette metapatrimoniali e viceversa il tribunale ordinario competente nelle questioni di contenuto patrimoniali, poiché esaminando singolarmente le fattispecie contemplate dall'art. 38.disp.att.c.c appariva evidente che questa distinzione avesse ben poco fondamento, ad esempio il tribunale per i minorenni era competente in tema di cessazione del fondo patrimoniale (art. 171.c.c) e di divisione dei beni della comunione (art.194. comma 2 c.c.) quando vi erano presenti figli minori e in tema di autorizzazione del minore alla continuazione dell'esercizio dell'impresa (art. 371, ultimo comma, c.c.), queste disposizioni a parere della Corte sfatavano il dogma della distinzione fondata sulla competenza non patrimoniale del tribunale specializzato e sempre secondo quest'ultima, le suddette

²⁰ Affermavano la competenza del tribunale per i minorenni a provvedere in ordine all'affidamento del figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori ad esempio; (Cass.civ., 11 novembre 1982, n.5946 in Giust.civ., 1983, I, 59; in Dir.Famiglia, 1983, 448)

disposizioni confermavano una competenza del tribunale per i minorenni su questioni attinenti agli interessi dei minori, ovviamente quando ciò era previsto dalle norme ad hoc, senza che però venisse alla luce una distinzione tra provvedimenti a carattere patrimoniale o non patrimoniale.

Parimenti infondata era anche la tesi che si basava sulla legittimazione ad agire, ovvero sul fatto che l'art. 710.c.p.c. limitava la legittimazione ad agire alle parti della controversia in esame ovvero i coniugi, mentre l'art. 336.c.c. prevedeva anche l'intervento del pubblico ministero e dei parenti; poiché a parere della Corte regolatrice, ammettendo la competenza del tribunale ordinario in relazione ai provvedimenti di modifica delle condizioni di affidamento della prole, nulla avrebbe vietato al pubblico ministero di ricorrere successivamente ex art. 336.c.c. presso il tribunale per i minorenni. Priva di ogni fondamento era anche l'asserzione secondo la quale la competenza del tribunale ordinario si poteva ammettere solo se la modifica dei suddetti provvedimenti fosse stata in capo allo stesso giudice che aveva deliberato in ordine al rapporto di coniugio, poiché la competenza del giudice ordinario non trovava fondamento sulla competenza per territorio inderogabile ma bensì dalla inesistenza di una norma fondante la competenza del tribunale per i minorenni in ordine ai provvedimenti in questione.

In conclusione la Corte al fine di contraddire la posizione dominante che vedeva l'ampliamento delle competenze del tribunale specializzato come l'espressione di una generale tendenza della legislazione moderne a devolvere le questioni attinenti alla tutela della prole minorile ad organi sempre più specializzati e veniva quindi affermato come il giudice naturale in ordine a tutte le controversie inerenti ai minori, portava come esempio una precedente statuizione della Corte Costituzionale (anche se in questa pronuncia la Corte Costituzionale era favorevole al precedente orientamento della Cassazione) ²¹, in cui si affermava che «la nozione di giudice naturale non si cristallizza nella determinazione legislativa di una competenza generale, ma si forma anche di tutte quelle disposizioni, le quali derogano a tale competenza sulla base di criteri che razionalmente valutino i disparati interessi in gioco nel processo».

In questo caso la Corte costituzionale veniva adita dal tribunale per i minorenni di Ancona²² in ordine alla questione di incostituzionalità dell'art. 155, terzo comma c.c.²³ per la presunta violazione degli artt. 3 e 25.Cost. in relazione alle questioni vertenti sulle decisioni di maggior interesse della prole

²¹ (Corte.Cost. 30 luglio 1980,n.135, Foro.it.,1980,I,2961 con osservazioni di R.ROMBOLI)

²² (Ordinanza emessa dal tribunale di Ancona il 21 dicembre 1976 e pubblicata nella Gazz. Uff. della Repubblica n. 100 del 13 Aprile 1977)

²³ La disposizione si riferisce all'ipotesi in cui il coniuge non affidatario si rivolge al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli all'interesse della prole

attribuite alla previsione della competenza del tribunale ordinario, quando invece la suddetta competenza secondo i giudici di merito doveva spettare al tribunale per i minorenni. La Corte aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 155, terzo comma c.c. limitandosi a statuire che<< non sussiste alcuna deroga di competenza propriamente intesa, della quale la Corte debba verificare la razionalità>>.

Il giudice di merito affermava che l'art. 155, terzo comma era in palese antinomia con il principio del giudice naturale, ovvero per il principio del giudice naturale precostituito dalla legge, poiché il legislatore aveva violato il suddetto principio avendo devoluto la competenza al tribunale ordinario senza dei giustificati motivi e quest'attribuzione aveva comportato una evidente discriminazione tra i figli dei coniugi separati e i figli di coniugi non separati in riferimento all'esperibilità dei rimedi processuali forniti.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale era costante nell'affermare, in riferimento al principio enucleato nell'art. 25.Cost, che il legislatore una volta che aveva rispettato il requisito imposto per la precostituzione del giudice naturale, ovvero la designazione di quest'ultimo attraverso la predisposizione di una normativa e non una designazione successiva dopo che sia verificata la situazione sostanziale da tutelare, la questione relativa all'idoneità di un organo giudiziario rispetto ad un altro, rientrava nella scelta discrezionale del legislatore.

La Corte Costituzionale quindi non era incline ad accogliere una prospettazione del principio del giudice naturale precostituito per legge come il <<giudice razionalmente più idoneo>>. Il principio del giudice naturale era sempre stato inteso come quel principio affine al divieto imposto all'art. 102.Cost, ovvero il divieto di istituire i giudici straordinari.

La Corte Costituzionale quindi contraddiceva l'affermazione del giudice di merito, sostenendo che la competenza del tribunale ordinario apparteneva a una competenza generale prevista nello stesso ambito di giurisdizione a cui apparteneva anche il tribunale per i minorenni e quindi non sarebbe violato a priori il principio del giudice naturale, anche perché in questo caso non sussisteva una norma che fondava una deroga di competenza in favore del tribunale per i minorenni su cui poter fondare un dubbio di razionalità. La Corte costituzionale infine auspicava l'interpretazione della Cassazione che designava il tribunale per i minorenni competente ad emanare i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento²⁴.

²⁴ Cfr. Corte Cost. 18 luglio 1980, n. 135 << Sotto quest'ultimo aspetto va ricordato che l'interpretazione della norma impugnata, dalla quale muove l'ordinanza di rinvio, non è affatto pacifica ed anzi contrasta con varie recenti pronunce della Corte di Cassazione, per quanto adottate con specifico riguardo all'ottavo piuttosto che al terzo comma dell'art.

Ritornando all'esame del nuovo orientamento giurisprudenziale, la Cassazione rilevava un'ulteriore aspetto, ovvero quello che vedeva il tribunale per i minorenni come l'organo dotato dei migliori strumenti tecnici e giuridici per tutelare l'interesse della prole, ma non era propriamente vera questa presa di posizione poiché il tribunale per i minorenni doveva chiedere l'assistenza dei servizi sociali territorialmente competenti dopo il trasferimento di questi ultimi ai comuni ai sensi del d. P.R. n. 616 del 24 luglio 1977, il quale operato può essere chiamato in causa anche dallo stesso tribunale ordinario e anche dal giudice tutelare.

Verrebbe da chiedersi come mai dopo numerose pronunce a favore della competenza del tribunale per i minorenni, con lo sfavore della dottrina maggioritaria e di molte giurisdizioni inferiori, la Corte volgeva a un repentino cambio di indirizzo giurisprudenziale, smontando pezzo per pezzo il precedente orientamento. I motivi potevano essere cercati partendo dall'assunto che in materia processuale e soprattutto nell'ambito della competenza, l'interesse alla certezza giuridica, in presenza di un orientamento giurisprudenziale confermato numerose volte per un lasso di tempo effettivamente ampio, quest'ultimo doveva essere rinunziabile solo in presenza di difficili e gravi conseguenze nel perdurare su questa linea di pensiero. La Corte però nel precedente orientamento privilegiava una posizione fondata su caratteri sistematici e più attenti ai valori morali ed etici a discapito di un'interpretazione più attenta al dato letterale della norma.

La Corte in seguito con la pronuncia n. 1551 del 1983²⁵ riaffermava tale indirizzo più accuratamente, poiché nella precedente sentenza esaminata, seppure fosse stato apprezzabile, il tentativo di capovolgere il previgente orientamento, il collegio giudicante si era limitato ad affermare che << in tema di separazione dei coniugi le modifiche dei provvedimenti riguardanti i coniugi stessi e la prole rientrano nella competenza per materia del giudice competente per la separazione, tanto in corso d'causa quanto a giudizio di separazione esaurito>>, con quest'ulteriore pronuncia, invece veniva affrontato più nel dettaglio la tematica ampiamente oggetto di diatribe. La Corte con la sentenza 2 marzo 1983 n. 1551 riprendendo le argomentazioni, che abbiamo già visto nell'esame della sentenza precedente, statuiva che seppure degna di nota l'interpretazione sistematica previgente pronosticata anche dalla Corte costituzionale, questo indirizzo contrastava con il principio fondamentale della

155.c.c (cioè per individuare il giudice competente in tema di revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e le disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo). Se non altro in linea di massima, prendendo in considerazione l'affidamento dei figli e le potestà dei genitori, quella Corte ha infatti affermato al di là della lettera e degli stessi lavori preparatori dell'art. 38 disp.att.c.c l'esigenza di un'interpretazione sistematica che affidi al tribunale per i minorenni l'adozione dei relativi provvedimenti.>>.

²⁵ (Cass.civ., 2 marzo 1983, n. 1552 in Foro.it., 1983, I, 896, con osservazioni di CIVININI)

interpretazione adeguatrice, poiché anche dovendo svolgere un'interpretazione che recepisce l'evoluzione sociale dell'ordinamento civile, il compito del giudice non poteva essere arbitrariamente concepito e confuso con quello del legislatore, il giudice non poteva forzare palesemente la lettera della legge, anche se il fine da perseguire poteva essere eticamente condivisibile, inoltre veniva ampiamente criticata quella linea di pensiero, per cui era lecito non procedere a una modifica di un orientamento consolidato, per evitare di sacrificare l'interesse della certezza giuridica, specialmente in materia processuale ed in particolare in tema di competenza, poiché secondo la Corte bisognava cercare delle ragioni argomentative capaci di fondare una linea di pensiero che poteva unire i valori di una logica ispirata ad esigenze sistematiche con quelli positivi della realtà normativa. Si può anche segnalare anche la tesi di Andrioli²⁶, il quale affermava che << in materia, in cui sulla interpretazione delle norme da applicarsi non incidono scelte politiche o sociali(...)si constati la coesistenza di divergenti interpretazioni in seno ad un ufficio giudiziario, la cui unicità altra giustificazione non esibisce all'infuori dell'assicurazione dell'uniformità dell'interpretazione del diritto nazionale, è evento la cui gravità non ha bisogno di essere sottolineata, specie se si riflette che la divergenza di indirizzi si lamenta nella materia procedurale, nella quale Vittorio Scialoja, da quasi un secolo, ammoniva che la peggiore delle interpretazioni, se costante è preferibile alla più illuminata delle interpretazioni, che sia soltanto prevalente e tale da rendere possibili interpretazioni divergenti>>.

La Corte portava a fondamento del suo pensiero, oltre agli argomenti già citati nella precedente sentenza che privilegiavano una lettura più attenta al dato testuale dell'art. 38 disp. att. c.c., delle valutazioni negative sull'operato del tribunale per i minorenni, considerando la procedura dinnanzi a quest'ultimo inadeguata per l'emanazione dei provvedimenti ex art. 155, terzo comma c.c., poiché ad esempio vi era l'impossibilità di ascoltare i testimoni sotto il vincolo del giuramento e la specializzazione dei suoi membri non era un criterio a favore di una maggiore tutela del minore, in confronto con i poteri d'ufficio riconosciuti al tribunale ordinario che trovava la fonte della sua competenza nella mancanza di una norma istitutiva della competenza a favore del tribunale per i minorenni. Inoltre la Corte portava a favore della sua tesi anche il fatto che se si fosse favorita la competenza del tribunale per i minorenni, questo avrebbe comportato notevoli spese giudiziarie alle parti residenti in circoscrizioni diverse da quella in cui risiede il tribunale per i minorenni, e inoltre si sarebbe dovuto promuovere in seguito un ulteriore giudizio di fronte al tribunale ordinario per le

²⁶ (Andrioli, Disorientamento giurisprudenziali in tema di interruzione del processo, Foro.it., 1972, I, 965)

questioni a carattere patrimoniale, e ancora più grave, sempre secondo il parere della Corte, era il fatto che il tribunale per i minorenni sarebbe stato il giudice di secondo grado delle decisioni del tribunale ordinario in ordine all'affidamento dei figli, e così facendo ci si sarebbero stati due giudicati resi da autorità diverse in relazione alla stessa situazione sostanziale.

Secondo la dottrina allora affermata, le valutazioni negative espresse dal collegio giudicante, seppure veritiere e degne di attenzione, non potevano essere portate a fondamento di un'argomentazione tesa a risolvere una questione di competenza. Alcuni autori²⁷ infatti criticavano infatti l'argomentazione per cui il tribunale per i minorenni sarebbe divenuto il giudice di secondo grado del tribunale ordinario, poiché i provvedimenti oggetto di diatriba, erano resi rebus sic stantibus, quindi potendo sempre chiederne la modifica, non si poteva configurare un giudizio di secondo grado, a prescindere dall'organo dichiaratosi competente, anche perché la domanda di revisione si sarebbe fondata su una diversa causa petendi. Inoltre, sempre secondo il parere della dottrina, la Cassazione non aveva tenuto conto di un altro indirizzo giurisprudenziale²⁸ che attribuiva la competenza del tribunale per i minorenni anche in ordine alla statuizione del contributo di mantenimento del figlio minore, quando quest'ultimo veniva contestualmente richiesto con la domanda concernente l'affidamento, attraendo quindi a sé la competenza del giudice ordinario in ordine al mantenimento della prole.

Prendendo in esame una pronuncia in relazione a questa tematica che al contrario propendeva per la separazione delle cause²⁹, in cui veniva affermato il principio per cui era competente il tribunale ordinario in relazione al contributo del mantenimento, e il tribunale per i minorenni era invece competente riguardo all'affidamento della prole, quando anche se richiesti contestualmente i suddetti provvedimenti, non si riscontrava la necessità di una trattazione simultanea poiché i provvedimenti concernenti avendo efficacia rebus sic stantibus e modificando solamente degli aspetti di natura patrimoniale non avevano alcuna influenza sulle modalità dell'affidamento che poteva essere attribuito alla cognizione del tribunale per i minorenni in ragione delle particolari esigenze del minore, mentre viceversa eravamo in presenza di un'altra ipotesi, se la domanda principale riguardava l'affidamento e la domanda riconvenzionale riguardava il contributo di mantenimento (a differenza del caso esaminato dalla Corte dove la domanda principale verteva sulla modifica dell'assegno di mantenimento), dove la domanda sul mantenimento aveva la propria ragione giustificatrice nel

²⁷ (vedi CIVININI nota a Cass.civ, 2 marzo 1983, n. 1552, in Foro.it., 1983, I, 896)

²⁸ (Cass.civ 4 luglio 1979, n. 3784, in Giust.civ. 1979, I, 2084, con osservazioni di A. Finocchiaro, Cass.civ 6 giugno 1979, n. 3192, in Giust.civ. 1979, I, 2084)

²⁹ (Cass.civ;08-02-1983,N.1038, In Foro.it; 1983, I, 897, con osservazioni di CIVININI)

mutamento del genitore affidatario e quindi quest'ultima domanda si configurava come accessoria in senso tecnico e quindi appariva fondato, sempre secondo la Corte, l'orientamento precedente che riconosceva una vis attrattiva a favore del tribunale per i minorenni per le domande connesse per accessorialità e pregiudizialità.

Questo orientamento giurisprudenziale a parere della dottrina si poneva in contrasto con il contenuto normativo dell'art. 31.c.p.c che secondo l'interpretazione dominante non consentirebbe deroghe alla competenza per materia, poiché la competenza in ordine alla statuizione del provvedimento di mantenimento della prole spetterebbe al tribunale ordinario ai sensi dell'articolo 38.disp.att.c.c., ma si potrebbe portare come ad esempio una nota sentenza della Cassazione³⁰, in tema di locazioni di immobili urbani, in cui si affermava la vis attrattiva a favore delle sezioni specializzate agrarie in ordine alle controversie connesse.

La dottrina³¹ quindi partendo da questa statuizione, aveva espresso un parere favorevole alla possibilità che in presenza di fattispecie devolute alla competenza delle sezioni specializzate, quest'ultime potessero anche statuire in ordine alle questioni connesse per accessorialità o per pregiudizialità. Al riguardo l'opinione di Andrioli³², secondo il quale, le sezioni specializzate sono <<organi degli uffici giudiziari ordinari, dai quali differiscono per la specialità della composizione>> e quindi seguendo quest'impostazione i rapporti tra giudice ordinario e tribunale per i minorenni non si porrebbero in termini di competenza. La giurisprudenza aveva comunque contraddetto questa posizione dottrinale.

A parere sia della dottrina³³ che delle giurisdizioni minorili vi erano ancora altre questioni rilevanti che erano state trascurate nelle sentenze in esame, ovvero ad esempio i provvedimenti inerenti alla decadenza o limitazione della potestà di cui rispettivamente agli artt. 330 e 333. c.c. poiché non era affatto di agevole soluzione tracciare una linea di differenziazione tra le richieste di modifica basate su comportamenti pregiudizievoli e le richieste di modifiche invece basate su fatti oggettivi.

Nelle giurisdizioni minorili³⁴ era stato fatto proprio un 'orientamento che estendeva notevolmente le ipotesi contemplate dall'art. 333.c.c, ovvero i giudici minorili facevano rientrare, nell'applicazione di tale norma, anche condotte “oggettivamente” pregiudizievoli per il minore, in altri termini sarebbero state attratte nel campo di competenza dell'art. 333. c.c. anche comportamenti non colpevoli, ossia

³⁰ (Cass.civ. 3 giugno 1976, n. 1997, Foro.it., 1976, I, 1521)

³¹ (A. Proto Pisani, La tutela giurisdizionale del rapporto di locazione di immobili urbani, in Foro.it.,1982, I, V, 4)

³² (Andrioli, Disorientamento giurisprudenziali in tema di interruzione del processo, Foro.it., 1972, I, 965)

³³ (A. Bologna, 27 febbraio 1983, in Giust.civ., 1984, I, 914, con osservazioni di DOGLIOTTI)

³⁴ (Trib.minorenni Perugia, 23 giugno 1978 in Giur.merito, 1981, 355, con osservazioni di CERBO)

qualsiasi condotta contraria all'interesse del minore capace di compromettere e turbare l'equilibrio psico-fisico del minore e il suo normale sviluppo di crescita, prescindendo da una valutazione della responsabilità del genitore.

La linea di confine, tra condotte pregiudizievoli e comportamenti che al contrario non incidevano sulla potestà genitoriale, seguendo quest'impostazione, diventava sempre più labile e poco chiara. Seguendo questo ragionamento ed estendendo la portata applicativa dell'art. 333. c.c., in ordine alla competenza alla revisione del provvedimento di affidamento della prole si poteva propendere per attrarre nella competenza del tribunale ordinario³⁵ anche i provvedimenti ex artt. 330 e 333. c.c., in caso di pendenza del giudizio in ordine al rapporto di coniugio, mentre se viceversa si optava per una competenza esclusiva del tribunale per i minorenni, anche in pendenza di un giudizio di separazione e di divorzio³⁶, si ritornerebbe ancora a una situazione frammentata e alternata in capo ai due organi giudiziari.

Nelle pronunce richiamate, la Corte non esaminava nel dettaglio questa problematica e riconfermava la competenza esclusiva del tribunale minorile, in relazione ai provvedimenti in esame quindi, se emergevano fatti pregiudizievoli che avessero comportato una modifica della potestà genitoriale, allora la questione andava risolta presso il tribunale per i minorenni, viceversa tutte le volte che non emergevano fatti tali da richiedere un intervento ablativo e limitativo della potestà, la competenza sarebbe rimasta al tribunale ordinario.

Una linea di discriminare agevole in teoria ma che nella pratica aveva causato parecchi inconvenienti, anche perché non era così semplice, secondo il parere della dottrina, distinguere dal contenuto del ricorso introduttivo se era demandata la modifica per dei fatti indipendenti dalla condotta del genitore e quindi semplicemente la situazione di fatto era cambiata, oppure eravamo in presenza della fattispecie contemplata ex artt. 330 e 333.c.c.

La dottrina aveva configurato una possibile soluzione, ad esempio secondo il parere di alcuni autori, sarebbe bastato sancire l'improcedibilità delle due domande dinanzi al giudice ordinario e stabilire la

³⁵ (Trib.minorenni Bologna, 15 gennaio 1985, in Giust.civ., 1985, I, 2634)<<La competenza del giudice minorile a provvedere sulla potestà genitoriale non deve leggersi, del resto, come esclusiva. I poteri del giudice ordinario in tema di affidamento della prole nel processo di separazione coniugale rappresentano, sostanzialmente, una deroga alla competenza del tribunale per i minorenni, se è vero che il giudice della separazione, per decidere seriamente, non può che orientarsi in base alla capacità dei genitori e dunque conoscendo anche ogni loro condotta eventualmente pregiudizievole al figlio. Sicché la disposizione sull'affidamento viene oggettivamente a integrare una pronunzia in ordine all'esercizio della potestà, ma anche a presupporre un tipo di accertamento esattamente corrispondente a quello proprio dei procedimenti destinati a incidere sulla potestà genitoriale>>

³⁶ (Cass.civ 1 agosto 1980, n. 4911, in Dir.Famiglia, 1981, 53; Cass.civ.21 febbraio 1980, n. 1251 in Dir.famiglia, 1981, 28; Trib.Catania 18 novembre 1992 in Dir.Famiglia, 1993, 241)

proposizione prima o contestualmente della domanda relativa ai figli minori presso il tribunale per i minorenni, prevedere che il tribunale per i minorenni provveda all'emanazione dei suddetti provvedimenti in termini brevi, o almeno prima della prima udienza dinanzi al giudice ordinario, stabilire che da quel momento i due procedimenti potevano procedere parallelamente, senza interferenze e con l'obbligo per il giudice minorile di trasmettere le sue deliberazioni in relazione ai minori, affinché potessero essere utilizzate dal giudice di separazione e di divorzio in relazione ai provvedimenti di mantenimento e di assegnazione della casa familiare.

Le giurisdizioni minorili avevano cercato di tracciare delle linee guida per risolvere la tematica in questione, ad esempio, in una pronuncia ad opera della Corte di appello di Bologna³⁷, si faceva riferimento alla possibilità di distinguere le fattispecie in base al tipo di situazione che si prospettasse davanti al giudice, ovvero si doveva essere di fronte ad una situazione oggettivamente dannosa e grave per il minore che fosse stata potenzialmente in grado di compromettere il suo normale sviluppo fisico e psicologico. Rientrerebbero quindi nella competenza del tribunale ordinario, tutte le questioni attinenti al normale e quotidiano esercizio dell'affidamento ovvero quelle scelte che attenevano alle impostazioni soggettive dei coniugi, come ad esempio una formazione laica anziché religiosa, una guida permissiva o troppo severa, la scelta del tipo di scuola, degli incontri con l'altro genitore non affidatario scarsi e irregolari e così via dicendo.

La casistica offerta dal collegio giudicante era molto ampia e degna di attenzione per l'interprete perché erano esempi che potevano fissare una linea di confine tra le competenze dei due organi, ma si trattava pur sempre di un criterio distributivo della competenza a posteriori, ovvero la corte d'appello di Bologna delineava la possibilità di differenziare le fattispecie a seconda che il fatto fosse stato segnalato dai servizi pubblici, dal pubblico ministero o dall'altro coniuge; cosicché nei primi due casi l'accertamento sarebbe stato facilitato dalla veridicità e autorevolezza di chi aveva proposto il ricorso mentre nel caso in cui la fattispecie fosse stata portata in evidenza dall'altro coniuge, era necessario valutare non tanto i fatti in sé per accertare la competenza, ma si doveva invece verificarne la veridicità e serietà degli stessi.

Il criterio utilizzato dalla corte bolognese era una linea di discriminazione che si basava infatti su un controllo realizzato a posteriori della fattispecie, quando invece la competenza doveva accertarsi in funzione dell'oggetto della domanda, ed è vero che l'attore avrebbe potuto così facendo indirizzare l'oggetto della domanda verso una giurisdizione favorevole, così creando il cosiddetto fenomeno di

³⁷ (A.Bologna, 27 febbraio 1983, in Giust.civ., 1984, I, 914, con osservazioni di DOGLIOTTI)

forum shopping, ma il problema di base della questione non poteva essere risolto offrendo di volta in volta dei criteri distintivi labili e poco chiari, infatti sia la dottrina e la giurisprudenza auspicavano un intervento del legislatore per porre fine a questa alternatività delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, ma ancora tutt'ora non vi è stato un intervento mirato e preciso che ha posto una linea di differenziazione tra i due organi.

La Corte di Cassazione successivamente³⁸ precisò in maniera più dettagliata il proprio orientamento richiamato dalle pronunce del 1983, statuendo che essendo i provvedimenti di cui all'ultimo comma dell'art. 155.c.c. e i provvedimenti modificativi ex art. 710.c.p.c. attribuiti alla cognizione del giudice ordinario, mentre al contrario al tribunale per i minorenni era attribuita la competenza ex artt. 330 e 333.c.c., la distinzione tra i provvedimenti previsti all'art. 155.c.c. e l'art. 333.c.c. secondo la Corte non andava cercata nel tipo di provvedimento emesso³⁹, nell'eventuale contenuto e neanche dalla qualificazione dei fatti prospettata dalla parte nel provvedimento introduttivo del giudizio, il criterio di distinzione andava cercato nella diversa relazione intercorrente fra le due norme nel sistema delineato dal legislatore. L'art. 155.c.c. e l'art. 317.c.c. implicavano la presenza del vincolo matrimoniale e la sua conseguente rottura a prescindere se questa fosse stata effetto di una pronuncia di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

L'art. 333.c.c. non fondava al contrario la sua applicazione sull'esistenza del rapporto di coniugio, pertanto poteva essere applicato indifferentemente sia alla filiazione naturale che a quella legittima, poiché quest'ultimo articolo si fondava sul preminente interesse dei figli che potevano necessitare di un intervento limitativo della potestà nei confronti dei loro genitori a prescindere dal fatto che vi fosse stato o meno un giudizio inerente al loro rapporto matrimoniale. In sintesi la linea discriminante doveva essere trovata sull'esistenza o meno di un giudizio di separazione o divorzio o di una precedente sentenza che avesse statuito sul vincolo matrimoniale.

La tutela del preminente interesse del minore e l'eventuale pregiudizio arrecato a quest'ultimo non poteva essere invocata come requisito differenziante le competenze dei due organi, poiché era irrazionale, secondo la Corte di legittimità che il giudice ordinario potesse valutare il pregiudizio all'educazione della prole come motivo di separazione legale, per poi non poter più statuire

³⁸ (Cass.civ., sez. I, 11 aprile 1997, n. 3159, in *Famiglia e dir.*, 1997, 431, n. CHIZZINI, in *Giust.civ.*, 1997, I, 2245)

³⁹ (In dottrina CARLINI in nota a A. minorenni Bologna, 11 dicembre 1987 in *Giur.merito* 1988, 469, << non si può trovare soluzione soddisfacente se si assume come criterio di ripartizione delle competenze quello della causa petendi anziché quello del petitum >>)

successivamente sul medesimo punto in relazione a un provvedimento modificativo dell'esercizio della potestà.

La dottrina⁴⁰ a suo avviso non riteneva sufficientemente motivata quest'impostazione poiché secondo alcuni autori enunciare il principio per cui l'art. 333.c.c non presupponeva la presenza del vincolo matrimoniale tra i genitori finirebbe per renderne l'inapplicabilità in tutte le situazioni in cui vi fosse stato il matrimonio, e non parrebbe questa la funzione della norma auspicata dal legislatore.

La competenza del tribunale per i minorenni in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità naturale.

La legge 4 maggio 1983 n.184 recante la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori con l'art. 68 aveva apportato delle modifiche al primo comma dell'art. 38.disp.att.c.c, devolvendo al tribunale per i minorenni la competenza in ordine all'azione di dichiarazione della paternità o maternità naturale. La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità è un'azione dichiarativa dello status del figlio minore, essa è volta ad accertare il rapporto di procreazione con ogni mezzo di prova. La modifica apportata in quegli anni suscitò sin da subito molte perplessità, uno dei primi dubbi riguardava la disciplina transitoria, poiché la normativa in questione nulla aveva previsto al riguardo. Esaminando due pronunce della stessa sezione del tribunale di Roma⁴¹ che aveva statuito sull'argomento in questione, dando due soluzioni differenti a distanza di poco tempo, emergeva tutta una problematica inerente all'applicabilità o meno della nuova normativa ai giudizi pendenti innanzi al giudice ordinario.

In una prima statuizione si riteneva inoperante il cosiddetto principio della perpetuatio iurisdictionis enunciato dall'art. 5.c.p.c, poiché quest'ultimo, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale⁴², precludeva solamente i mutamenti della situazione di fatto esistente al momento della domanda, non facendo così riferimento al sopravvenire di nuove legislazioni.

⁴⁰(Vedi ad esempio A.CHIZZINI in nota a Cass.civ.,sez.I, 11 aprile 1997, n. 3159 in Fam.e dir., 1997, 431)

⁴¹ (T.Roma,09 Marzo 1984, in Foro.it; 1984, I, 1092; in Giust.civ; 1984, I, 1935, n. FINOCCHIARIO), (T.Roma 03 Marzo 1984; in Foro.it; 1984, I, 1093; in Giust.civ; 1984, I, 1935, n. FINOCCHIARIO)

⁴² (Cass.civ. 13 luglio 1983 n.4800, in Giust.civ. Mass. 1983; Cass. 7 giugno 1981 n.4184, in Foro.it. 1981, I, 2156; Cass. 28 giugno 1976 n. 2479, in Giust.civ. 1976, I,1402)

La Cassazione⁴³ sin da subito, fu ferma nell'affermare l'orientamento dominante in relazione all'applicabilità o meno del principio della perpetuatio iurisdictionis ex art. 5.c.p.c, ovvero si statuiva nel senso dell'impossibilità di applicare il principio in esame, in assenza di specifiche disposizioni riguardanti il regime transitorio, in relazione a norme attributive di competenza o di giurisdizione.

La nuova disciplina legislativa operava immediatamente non essendo state previste delle disposizioni riguardo alla disciplina dei giudizi pendenti, inoltre quest'ultima normativa veniva applicata a tutte le controversie anche se vi era intervenuta una sentenza passata in giudicato in relazione alla questione di competenza. La Corte quindi sosteneva che visto l'unicità del giudizio relativo alla dichiarazione giudiziale di paternità suddiviso in due fasi, un giudizio preliminare e un successivo giudizio di merito che non potevano configurarsi come due distinti procedimenti, si postulava di conseguenza che intervenuta una statuizione sulla competenza o sulla giurisdizione nella fase preliminare, quest'ultima questione non poteva più essere riproposta nel successivo giudizio di merito.

L'opinione contraria che possiamo trovare nell'altra pronuncia del tribunale di Roma, fondava il proprio pensiero sul presupposto che mancando un'apposita normativa che disciplinasse le situazioni previgenti all'entrata in vigore della normativa, si doveva ricorrere all'utilizzo dei principi generali, ovvero all'art. 5.c.p.c, il quale affermava l'irrelevanza dei mutamenti di fatto o di diritto avvenuti dopo la proposizione della domanda, con la quale si fonda la competenza del giudice adito.

L'acquisto della competenza verificandosi al momento della domanda, non poteva essere così modificata dall'ius superveniens che non può modificare la competenza del giudice precedentemente adito. Inoltre veniva riportato anche un'argomentazione sostenuta da un'autorevole dottrina minoritaria⁴⁴ contraria all'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, ovvero che quando il legislatore si era trovato a regolamentare la disciplina transitoria, quest'ultimo era sempre stato propenso a mantenere, ovvero a non modificare la competenza stabilita secondo le leggi vigenti al momento della domanda.

Questa opinione veniva sostenuta da chi riteneva che rendere immediatamente operativa la nuova normativa, così facendo mutare la competenza nel corso del giudizio, danneggiasse innanzitutto l'attore in ordine alla certezza della disciplina legislativa da applicare e soprattutto comportava un inutile dilazionamento dei tempi della controversia.

⁴³ (Cass.civ. 9 agosto 1985, n.4425, in Foro.it., 1985, I,3119)

⁴⁴ (M.FINOCCHIARO, in A. e M. FINOCCHIARO, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, Milano 1983, 553)

Inoltre veniva in rilievo anche un'ulteriore argomentazione, ovvero quella che una disposizione di diritto intertemporale vi era nella l. 4 maggio 1983 n. 184 anche se era riferita al tema dell'adozione internazionale, e non vi erano a contrario delle argomentazioni per sostenere una differente parità di trattamento. Quest'ultimo argomento però non trovava una base concreta, a parere sia della giurisprudenza che della dottrina maggioritaria poiché, i motivi per i quali si era introdotta una disciplina transitoria in relazione all'adozione internazionale erano diversi da quelli che avevano condizionato il legislatore a non predisporre la stessa situazione per le controversie in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale.

La dottrina sebbene fosse favorevole all'opinione dominante della giurisprudenza, vi era qualche voce discordante, con riferimento ad un orientamento riportato anche nelle sentenze del tribunale di Roma, ovvero che la nuova disciplina legislativa recante disposizioni sulla competenza o sulla giurisdizione poteva travolgere anche una precedente sentenza in ordine alle suddette questioni.

Citando ad esempio S. Satta⁴⁵, il quale pur essendo favorevole all'interpretazione giurisprudenziale dominante affermava che << l'immediata applicazione è condizionata alla non intervenuta preclusione per effetto di precedente sentenza non più impugnabile che abbia risolto la questione di giurisprudenza o di competenza >>, riportando anche il commento di A. Finocchiaro⁴⁶ in nota alle sentenze in esame, per il quale era necessario distinguere se fosse intervenuto o meno un giudicato sulla competenza nella fase preliminare del giudizio di ammissibilità ex art. 274.c.c, poiché il giudicato intervenuto nella fase preliminare di suddetto giudizio non precludeva la proposizione della questione di competenza nel successivo giudizio di merito ex art. 269.c.c, poiché eravamo in presenza di due procedimenti diversi anche se connessi.

L'autore esaminava la questione partendo dal fatto che la Corte di Cassazione nel caso che aveva esaminato, il giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione dichiarativa di stato era stato svolto in vigenza della precedente normativa e il problema si poneva per il successivo giudizio di merito, ma in un altro caso ove la nuova normativa era entrata in vigore durante il giudizio preliminare e il tribunale ordinario aveva statuito in ordine all'ammissibilità ritenendosi implicitamente ancora competente, essendo un dato pacifico che in difetto di impugnazione la competenza del tribunale ordinario non poteva venire meno, sempre secondo l'autore citato, seguendo dunque l'impostazione

⁴⁵ (S.Satta, Commentario, Milano, 1959, I, 77)

⁴⁶ (A. FINOCCHIARO La competenza del tribunale per i minorenni in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale relativa a minori e problemi di diritto intertemporale in nota a Trib.Roma 3 marzo 1984 in Giust.civ., 1984, I, 1935)

della Cassazione, la questione di competenza non poteva più essere proposta nel giudizio di merito visto l'unicità del rapporto processuale.

A parere dell'autore il giudizio di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità essendo composto di due fasi sostanzialmente autonome non poteva essere escluso che il giudice investito di una domanda non avrebbe potuto statuire in ordine alla propria competenza e giurisdizione solo perché tale questione era stata decisa nel precedente procedimento anche implicitamente.

Inoltre si può citare anche A. Proto Pisani⁴⁷, che aveva escluso l'applicabilità dei nuovi criteri di competenza ove al momento della loro entrata in vigore il giudizio fosse già in appello.

La Corte di Cassazione in varie pronunce⁴⁸ aveva statuito in riferimento alla competenza del tribunale per i minorenni in ordine al procedimento di ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale ex. art. 274.c.c, asserendo che avendo il legislatore devoluto alla competenza del tribunale minorile il giudizio di merito ex. art. 269.c.c, quest'ultimo comporta necessariamente il richiamo al procedimento preliminare di ammissibilità che non poteva configurarsi come un'autonoma azione che necessitava di una norma specifica attributiva o negativa di competenza, anche perché non avrebbe avuto nessun fondamento logico frazionare la competenza tra due giudici diversi in ordine allo stesso procedimento seppure diviso in una prima fase di ammissibilità e in una successiva di merito.

Volgendo l'attenzione all'evoluzione storica del procedimento preliminare di ammissibilità dell'azione suddetta, dove prima dell'intervento della Corte Costituzionale⁴⁹ e della successiva modifica legislativa operata dalla legge 23 novembre 1971 n. 1047, si trattava di un procedimento istituito in preparazione del successivo giudizio di merito che si concludeva con un decreto non impugnabile, ma già allora si riteneva che dovesse essere lo stesso giudice del merito ad avere la cognizione in ordine al procedimento di ammissibilità, successivamente adeguandosi alle indicazioni introdotte dalla Corte costituzionale e in seguito con le modifiche legislative apportate, al giudizio di ammissibilità era stata riconosciuta la natura di un procedimento contenzioso che si concludeva con un decreto reclamabile presso la Corte d'appello e ricorribile per cassazione, quindi non si vedevano i motivi per cui si dovesse ritenere una competenza differenziata in relazione ai due procedimenti.

⁴⁷ (A.PROTO PISANI nota a Trib.Roma 3 marzo 1984, in Foro.it., 1984, I, 1093)

⁴⁸ (Vedi ad esempio Cass.civ. 19 ottobre 1981, n.5443 in Foro.it., 1982,I,1356; in Giur.it.,1982,I,1,647; Cass.civ., 21 gennaio 1987, n.516 in Giust.civ., 1987,I,480; Cass.civ., 28 ottobre 1987, n.7965 in Giust.civ., 1987,I,2461); Cass.civ., 21 febbraio 1990, n.1292, in Foro.it.,1990,I,850;in Foro.it., 1990,I,2545,con osservazioni di ORIANI; in Giust.civ., 1990,I,1214, con osservazioni di MURRA.

⁴⁹ (Corte.Cost. 12 luglio 1965, n.70, in Giur.it.,1965,I, 1265)

La differente interpretazione che propendeva per una separazione delle competenze, avrebbe potuto fondare una questione di incostituzionalità in relazione all'art. 3.Cost, visto l'identità delle situazioni che fondavano l'attribuzione della competenza sia del giudizio preliminare e del successivo giudizio di merito al tribunale minorile.

Cercando di riassumere brevemente l'orientamento giurisprudenziale all'epoca, la giurisprudenza ritenendo che la fase prodromica di ammissibilità dell'azione e la fase successiva di merito fossero parte di un unico procedimento, asseriva che entrambe le suddette fasi dovevano svolgersi innanzi allo stesso giudice, non potendo quindi ipotizzare una differenziazione delle competenze.

Successivamente in altre pronunce, la Corte⁵⁰ mutava il pensiero riguardo al fatto di identificare il giudizio di ammissibilità e quello di merito come parti di un unico procedimento, poiché quest'ultimi costituivano due autonomi rapporti processuali che erano fra loro teleologicamente collegati, ovvero il giudizio di ammissibilità era il presupposto processuale dell'azione di merito e era non quindi una condizione dell'azione come veniva ipotizzato, quest'ultimo era infatti diretto a constatare la sussistenza di <<specifiche circostanze>> tali da consentire la successiva azione di merito.

Il giudizio di ammissibilità differiva dal successivo giudizio di merito innanzitutto per l'oggetto della domanda, poiché anche se entrambi i giudizi avevano lo scopo comune di accertare il nuovo stato giuridico del minore, il giudizio preliminare di ammissibilità all'azione aveva solamente lo scopo di rimuovere gli ostacoli che avrebbero potuto ostare alla prosecuzione della suddetta azione di stato, quindi eravamo di fronte a un procedimento che costituiva l'antecedente logico del successivo giudizio di merito. E considerando i due giudizi come autonomi anche se fra loro collegati da un nesso strumentale e condizionante, la giurisprudenza aderiva così a quella parte della dottrina che sosteneva che il giudicato venutosi a formare sulla competenza nel giudizio preliminare di ammissibilità non precludeva la proposizione di una successiva domanda in ordine alla questione di competenza nella successiva fase di merito, poiché essendo i due procedimenti formalmente distinti e in base al principio per cui la competenza andava individuata al momento della domanda, sulla base della situazione esistente, si poteva ipotizzare che fosse possibile adire un giudice diverso per il successivo giudizio di merito.

La Cassazione quindi nella sentenza in esameolgeva a una diversa conclusione, ovvero che pur riconoscendo che la competenza stabilita per il giudizio di ammissibilità poteva estendersi al successivo giudizio di merito, non configurava i suddetti procedimenti come un unico rapporto

⁵⁰ (Cass.civ., 2 luglio 1988,n.4401, in Giust.civ., 1988,I,2569)

processuale destinato a rimanere pendente fino alla emanazione della pronuncia di merito. Si può anche sottolineare l'orientamento della Cassazione⁵¹ in cui l'affermazione per cui il giudice competente nel giudizio preliminare doveva essere lo stesso nel successivo giudizio di merito, poteva venire derogata in casi eccezionali, anche per quanto attiene lo *ius superveniens*, poiché l'entrata in vigore della normativa in pendenza del giudizio di gravame non poteva travolgere la sentenza emessa dal giudice ordinario di primo grado, e neanche rimettere il relativo giudizio di secondo grado alla sezione per i minorenni della corte d'appello.

E da segnalare all'attenzione la decisione della Corte Costituzionale⁵² che affermava il principio per il quale il giudice dovesse avere il diritto-dovere di tenere conto dell'interesse del minore infrasedicenne nel giudizio di ammissibilità dell'azione ex. art. 274.c.c promosso dal genitore, per valutare se l'azione fosse o meno stata rispondente ad un suo effettivo interesse, al fine di evitare di comprometterne l'equilibrio psico-fisico, l'educazione o la collocazione sociale.

Nel caso specifico si statuiva sull'incostituzionalità di tale norma nella parte in cui non si prevedeva che l'azione promossa dal genitore esercente la potestà fosse ammessa solo quando fosse stata ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio infrasedicenne.

Il legislatore aveva risolto la problematica in questione predisponendo l'art. 273.c.c << l'azione per ottenere che sia giudizialmente dichiarata la paternità o la maternità naturale può essere promossa nell'interesse del minore, dal genitore che esercita la potestà prevista dall'art. 316.c.c o dal tutore>>, il minore quindi poteva promuovere l'azione solo attraverso il suo rappresentante legale, ma in dottrina e giurisprudenza non c'era stato un indirizzo unanime sul fatto se il giudice dovesse o meno concedere l'autorizzazione, in relazione all'ipotesi in cui l'azione fosse stata promossa dal genitore, poiché se quest'ultima azione fosse stata esercitata dal tutore era considerato indispensabile, la previa autorizzazione del giudice e facoltativa la nomina di un curatore speciale.

La Corte Costituzionale aveva statuito in ordine all'indispensabile ponderazione dell'interesse preminente del minore infrasedicenne nel giudizio di ammissibilità ex art. 274.c.c, nel caso l'azione fosse stata promossa dal genitore o dal curatore speciale.

⁵¹ (Cass.civ., 5 ottobre 1990, n.9829 in Mass., 1990, Rep. 1990, Filiazione [3090], n.66: Cass.civ., 13 marzo 1990, n.2032 in Foro.it., 1990,I,2544, con osservazioni di ORIANI; in senso contrario Cass.civ., 27 agosto 1990, n.8762 in Foro.it.,1991,I,118, con osservazioni di BRILLI)

⁵² (Corte.Cost.,20 luglio 1990,n.341,in Giust.civ.,1990,I,2485 con osservazioni di SASSANI,L'opportunità dell'accertamento del rapporto di filiazione(il bistrattato interesse del minore infrasedicenne vince la sua battaglia di fronte alla Consulta)

Prima della pronuncia della Corte costituzionale in questione, il giudice non era tenuto a valutare l'interesse del minore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, nell'ordinanza di rimessione alla Consulta si era anche prospettato un sindacato di illegittimità relativo all'art. 273.c.c. poiché quest'ultimo non prevedeva che fosse valutato l'interesse del minore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale rispetto al disposto dell'art. 250.c.c..

La Corte Costituzionale non aveva ritenuto ammissibile tale questione, limitandosi a statuire in ordine al giudizio ex. art. 274.c.c. prevedendo il diritto-dovere del giudice di tenere di conto l'interesse del minore almeno nella fase preliminare di tale azione. In alcune successive pronunce ad opera delle giurisdizioni minorili⁵³, si estendeva tale principio anche alla successiva fase di merito, poiché il principio del preminente interesse del minore doveva ritenersi applicabile anche nel successivo giudizio di merito. La valutazione dell'interesse del minore era quindi l'oggetto principale dell'azione ex.art.274.c.c, visto la natura degli effetti che scaturivano dall'espletamento di suddetta azione. Il giudizio preliminare ex.art.274.c.c avendo come oggetto la valutazione dell'esistenza in capo all'attore del diritto di azione per il reclamo dello stato di figlio naturale, un interesse che si valutava in base al ricorrere di specifiche circostanze e successivamente con l'intervento della Corte, il giudice aveva anche la facoltà di valutare anche la corrispondenza dell'interesse del minore infrasedicenne, al fine di procedere successivamente alla successiva fase di merito.

Le specifiche circostanze dopo una lunga serie di contrasti in dottrina non erano altro che una serie di elementi indiziari che potenzialmente erano in grado di formare il convincimento del giudice in ordine alla fondatezza della suddetta azione, la giurisprudenza⁵⁴ ha quindi ritenuto l'inesistenza di un obbligo di assunzione dei mezzi istruttori, essendo sufficienti le dichiarazioni del ricorrente e la mera indicazione dei mezzi probatori che dovevano essere utilizzati nella successiva fase.

Non si richiedeva quindi la verifica dei fatti allegati, poiché si trattava di una valutazione compiuta in termini di verosimiglianza ovvero di probabilità della fondatezza dei fatti allegati e di conseguenza della pretesa vantata. Infine la giurisprudenza aveva espresso l'opinione per cui il giudice era obbligato a motivare le ragioni che hanno formato l'iter logico che l'avevano portato a dichiarare l'ammissibilità o non della pretesa.

⁵³ (T.minorenni Genova, 6 maggio 1993 in Nuova giur.civ.,1994,I,528, con osservazioni di LEITE DE CONVERTI in cui si statuiva in merito alla valutazione dell'interesse del minore che doveva essere <<necessariamente estensibile alla fase contenziosa del procedimento dove, proprio per la possibilità di approfondire con una puntuale istruttoria le ragioni delle parti, il Tribunale può meglio valutare l'interesse del minore>>

⁵⁴ (Cass.civ,sez.I,15 luglio 1995,n.7742., in Fam.e dir.1995,548, con osservazioni di TOMMASEO)

Il giudizio di ammissibilità era ritenuto dalla dottrina⁵⁵ un retaggio del passaggio, ripercorrendo brevemente le origini storiche, quest'ultimo fu introdotto per la prima volta nel codice civile del 1865 che riprodusse l'impostazione originaria del Code Napoléon,(in cui la dichiarazione giudiziale di paternità era vietata ed era ammessa solo nel caso di ratto, mentre le indagini sulla maternità non incontravano divieti), seppure con qualche modifica, prevedendo che il figlio non riconoscibile potesse proporre l'azione concernente il diritto agli alimenti in alcune ipotesi.

Il codice del 1942 operò un notevole miglioramento della disciplina in esame seppure prevedendo anch'esso delle limitazioni all'esperibilità della suddetta azione, infatti il testo previgente dell'art. 269.c.c elencava cinque ipotesi tassative per le quali si poteva proporre l'azione (quando la madre e il padre avevano convissuto come coniugi al tempo del concepimento, quando la paternità risultava indirettamente da sentenza civile o penale, quando la paternità risultava inequivocabilmente da una dichiarazione scritta proveniente da colui al quale si attribuiva la paternità, quando all'epoca del concepimento vi era stato ratto o violenza sessuale, quando vi era il possesso di stato naturale) e il relativo giudizio di ammissibilità fu introdotto allo scopo di effettuare un vaglio preventivo delle suddette ipotesi. L'originario giudizio di ammissibilità era instaurato in segreto e senza rispettare il principio del contraddittorio e infine non vi era l'obbligo di motivazione del provvedimento finale.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione con varie pronunce avevano contribuito a modificare tale procedimento, fino alla legge 23 novembre 1971 n.1047 che introdusse il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, l'obbligo di motivazione del decreto e l'esperibilità del ricorso in Cassazione ex. art. 111.Cost.

Nonostante i vari interventi elencati brevemente, si era sempre sostenuto che il giudizio di ammissibilità non aveva più la funzione per cui era stato istituito e non vi era quindi più una ragione plausibile per cui sottoporre l'azione dichiarativa di status di figlio naturale a un giudizio di ammissibilità. Era stata più volte proposta la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 274.c.c in relazione all'art. 3, primo e secondo comma Cost. e degli artt. 2, 30 e 34 Cost., ma la Corte Costituzionale ne aveva sempre dichiarato l'inammissibilità della questione, fino alla pronuncia n. 50 del 2006⁵⁶, dove si pronunciò in favore dell'incostituzionalità della suddetta norma, constatando che fosse oramai venuta meno la funzione originaria predisposta dal legislatore visto l'evoluzione giurisprudenziale e normativa avvenuta in relazione a questo procedimento, si riteneva quindi che il

⁵⁵ (vedi ad esempio SESTA, La sospetta illegittimità dell'art.274.c.c: che fine farà l'interesse del minore? in Fam.e.dir.,2003,541)

⁵⁶ (Corte cost., 10 febbraio 2006, n.50 in Fam.e dir.2006,237; in Giur.cost.2006,I,446)

suddetto giudizio fosse solo un inutile duplicato dilazionatorio delle pretese vantate, in contrasto con l'art.111. Cost. poiché violava il principio della ragionevole durata del processo, avendo oramai perso ogni possibile funzione e che inoltre fosse un ostacolo alla realizzazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24.Cost.

Un'altra questione atteneva al fatto se il tribunale per i minorenni fosse stato o meno competente in relazione alla statuizione di provvedimenti di natura patrimoniale. La tematica in questione concerneva la questione riguardante gli effetti della sentenza dichiarativa attributiva dello status di figlio naturale e anche dell'azione di riconoscimento, le azioni in esame instaurando una relazione tra il genitore e il figlio minore fin dalla nascita avrebbero inciso non soltanto sugli effetti di naturale personale ma anche sugli effetti di natura patrimoniale, dovendo quindi il genitore corrispondere il mantenimento anche per gli anni passati. La giurisprudenza sia di legittimità che quella di merito non era unanime in questa tematica, in alcune statuizioni si ribadiva che la dichiarazione giudiziale di paternità e l'azione di riconoscimento instauravano una relazione tra i due soggetti sin dal nascita ma solo per gli effetti personali e in altre invece si affermava la possibilità di chiedere il mantenimento non pervenuto al genitore anche per gli anni precedenti all'accertamento dello status di figlio naturale. Successivamente la giurisprudenza della Corte⁵⁷ che intervenne su questo preciso punto dichiarando che il diritto al mantenimento sorgeva al momento della nascita del figlio naturale e permaneva finché quest'ultimo non fosse stato messo in grado di essere autosufficiente.

La Corte quindi ammettendo che gli effetti del riconoscimento retroagivano al momento della nascita, enucleava il principio per cui il diritto-dovere di mantenere, educare ed istruire compete al genitore a prescindere dallo status attribuibile al figlio, delineando così la responsabilità per il mero fatto di procreazione.

Sul punto mi soffermerò successivamente in ordine alla tematica relativa alla competenza del tribunale minorile in ordine alla statuizione dei provvedimenti di mantenimento del figlio naturale. Esaminando l'assunto dell'art. 277.c.c, secondo comma c.c. che prevedendo i medesimi effetti del riconoscimento per l'azione di dichiarazione giudiziale ex. art. 269.c.c al primo comma, al successivo comma attribuendo il potere in capo al giudice di emettere i provvedimenti utili al fine dell'obbligo di istruzione, educazione e mantenimento del figlio, era maggiormente rispondente all'interpretazione

⁵⁷ (Cass.civ., 29 marzo 1989, n.1504 in Giust.civ., 1989,I,1045; T.minorenni Genova 6 maggio 1993 in Nuova giur.civ.,1994,I,528, con osservazioni di LEITE DE CONVERTI; Cass.civ., 8 agosto 1989, n.3635 in Mass., 1989; Cass.civ., sez.I, 23 luglio 1994, n.6868 in Mass., 1994, Rep. 1994, Filiazione [3090], n.65)

giurisprudenziale e dottrinale che attribuiva in capo al tribunale minorile la competenza in ordine alla statuizione dei provvedimenti patrimoniali.

La forma e il procedimento da adottare innanzi al tribunale per i minorenni in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale.

Il legislatore aveva affidato al tribunale per i minorenni la competenza in ordine alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale ex art. 269, comma 1, c.c. nel caso in cui vi erano parte i minori. La dottrina⁵⁸ non aveva ritenuto tale scelta come la più opportuna, non ritenendo il tribunale specializzato idoneo nella risoluzione delle controversie concernenti azioni di status.

Alcune incertezze interpretative avevano riguardato anche la questione riguardante il fatto, se la devoluzione della competenza ex art. 274.c.c si potesse estendere anche al giudizio di ammissibilità di tale azione.

Oltre a queste posizioni ideologiche sull'inadeguatezza del tribunale per i minorenni e ai problemi di diritto intertemporale, erano sorti dubbi in riferimento alla forma e al procedimento da adottare in seguito allo spostamento di competenze in favore del tribunale specializzato, ovvero partendo dal presupposto che il giudizio di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità avendo natura contenziosa, si ipotizzava se questo provvedimento una volta affidato alla competenza del tribunale minorile dovesse seguire il rito camerale oppure se si potesse utilizzare il procedimento del giudizio ordinario. Il tribunale per i minorenni in ordine all'emanazione dei provvedimenti attribuiti alla sua cognizione, giudicando in camera di consiglio in composizione collegiale con ampi poteri d'ufficio e senza che vi fosse l'obbligo di rispettare il principio del contraddittorio (non vi è infatti l'obbligo di convocare le parti e di adempiere inoltre ad alcun obbligo di comunicazione nei loro confronti ad eccezione del pubblico ministero, nei casi in cui quest'ultimo deve essere obbligatoriamente sentito), non era ritenuto adeguatamente strutturato per statuire in ordine a questo procedimento.

⁵⁸ (Vedi ad esempio Dall'ongaro, Considerazioni sull'art. 68 della legge 4 maggio 1983 n.184 che estende al tribunale per i minorenni la capacità di conoscere in tema di azioni di stato, in Dir.Famiglia, 1984, 235 ss.)

La normativa riguardante il rito camerale che possiamo ritrovare negli artt. 737-742.c.p.c. essendo lacunosa e scarna, era secondo la dottrina maggioritaria pressoché inadeguata per tutelare le azioni di status, poiché il procedimento di camera di consiglio doveva essere applicato in quelle materie che non tutelavano diritti e né risolvevano controversie, ove una procedura celere ed efficace come la procedura camerale, dove il giudice avendo ampi poteri d'ufficio, era la più indicata.

L'art. 68 della legge 4 maggio 1983, n. 184 devolvendo l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità ex art. 269.c.c aveva però lasciato immutato l'art.38, terzo comma disp.att.c.c., il quale prevedeva che << in ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio sentito il pubblico ministero>> e al quarto comma disponeva che << quando il provvedimento è emesso dal tribunale per i minorenni il reclamo si propone avanti alla sezione di corte d'appello per i minorenni>>, esaminando questa disposizione erano sorti alcuni dubbi sulla questione se fosse o meno ipotizzabile che in ogni provvedimento attribuito alla competenza del tribunale specializzato, quest'ultimo dovesse utilizzare la procedura in camera di consiglio, oppure se si dovesse optare per la verifica caso per caso dei provvedimenti attribuiti alla competenza del tribunale minorile, per esaminare se quest'ultimi fossero stati disciplinati da altre disposizioni con il rito camerale o meno, oppure se rientrasse nell'ambito di applicabilità dell'art. 742.c.p.c che stabiliva che le disposizioni del rito camerale si applicavano a tutti i procedimenti camerali definiti tali anche se rientranti in capi di disposizioni attinenti a procedure in materia di famiglia e di stato e di capacità delle persone, quindi anche se riguardanti materie diverse.

La dottrina⁵⁹ aveva peraltro sostenuto al riguardo che l'ultimo comma dell'art. 38.disp.att.c.c, il quale prevedendo che << in ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio>> era una regola previgente alle successive modificazioni della disposizione, essa infatti era pensata poiché al tribunale per i minorenni erano state attribuite solamente materie rientranti nella giurisdizione volontaria. Questa disposizione di attuazione era stata quindi utilizzata dal legislatore unicamente per ampliare la competenza del tribunale specializzato e non quindi per regolare il rito.

L'art. 38.disp.att.c.c si prestava, secondo una parte della dottrina, a un'interpretazione logico sistematica che accertava in prima battuta se il provvedimento attribuito dalla presente disposizione appartenesse o meno alla giurisdizione volontaria o a quella contenziosa.

La Suprema Corte in una sua statuizione⁶⁰ aveva risolto la problematica, asserendo che il tribunale

⁵⁹ (A.FINOCCHIARO in nota a T.minorenni Catania 9 marzo 1985, Trib.minorenni Roma 15 giugno 1985 in Giust.civ. 1985, I,2603)

⁶⁰ (Cass.civ., 9 agosto 1985, n.4425 in Foro.it., 1985, I,3119)

per i minorenni doveva utilizzare la procedura in camera di consiglio, ove il diritto di difesa era sostanzialmente garantito, ribadendo un principio espresso in vari precedenti, ovvero che il procedimento in camera di consiglio non era di per sé contrastante con il diritto di difesa, il quale era attuabile attraverso la rappresentanza tecnico-legale, poiché a parere della Corte anche in mancanza di una norma che specifichi l'ammissibilità dell'assistenza tecnico-legale, quest'ultima era pacificamente ammissibile. La Corte quindi optava per lo svolgimento della suddetta azione in camera di consiglio, e a tutela dell'interesse del minore si dovrebbe ritenere non utilizzabile la competenza del territorio tipica del rito ordinario (ovvero la residenza o il domicilio del convenuto ex art.18.c.p.c.) propendendo per attribuire la competenza al giudice del luogo dove si trova il centro degli interessi del minore⁶¹.

A sostegno dell'interpretazione che propendeva per lo svolgimento dell'azione secondo il procedimento ordinario⁶², si sosteneva che bisognava porre in evidenza il fatto che al tribunale specializzato erano devoluti dei provvedimenti che non prevedevano l'esperimento della procedura camerale, ma bensì il rito ordinario, come possiamo vedere ad esempio per il procedimento ex art. 250, quarto comma. c.c. o il procedimento di opposizione alla dichiarazione di adottabilità.

Seguendo questo orientamento dottrinale non si vedeva il motivo per cui non si poteva applicare al procedimento di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, il rito ordinario, avendo questo procedimento in esame natura contenziosa, e di conseguenza una procedura come il rito camerale in cui il giudice aveva ampi poteri d'ufficio per supplire all'allegazione delle parti e dove non veniva tutelato adeguatamente il principio del contraddittorio, non sembrava rispondente alle necessità e ai bisogni del minore.

Il rito camerale si contraddistingueva per essere un procedimento pensato e realizzato per tutelare materie di preminente interesse pubblico, ove si spiegavano facilmente gli ampi poteri del giudice, i metodi di indagine sommari, informali e inquisitori, il distacco fra richiesto e pronunciato.

L'art. 738.c.p.c enunciando che il giudice << può acquisire informazioni >>, non escludeva di certo il diritto di difesa, ma era certamente meno tutelato rispetto al rito ordinario.

In un procedimento come la dichiarazione giudiziale di paternità, dove l'azione avendo natura personale e privata, e veniva in rilievo il preminente interesse del minore non si prestava facilmente a una procedura caratterizzata da un'ampia disparità di trattamenti processuali. Veniva in rilievo anche

⁶¹ (in senso favorevole vedi Cass.civ. 6 ottobre 1989 n. 3999., in Giust.civ., 1990, I, 365; Cass.civ., sez.un., 7 febbraio 1992, n.1374 in Foro.it.,1992,I,679)

⁶² (vedi ad esempio A.Perugia 1 agosto 1988 in Foro.it., 1990, I, 1345)

il fatto che se si accogliesse l'interpretazione che propendeva per l'instaurazione del rito camerale per il suddetto provvedimento, avrebbe perso rilevanza la differenza tra le due fasi processuali, ovvero tra il giudizio preliminare e il giudizio di merito di suddetta azione.

Il giudizio di ammissibilità dell'azione ex. art. 274.c.c era stato ricondotto nell'ambito della giurisdizione contenziosa ma era pur sempre diverso dal punto di vista dell'oggetto e soprattutto per quanto riguarda la cognizione, dal successivo giudizio di merito, e se per un verso appariva plausibile procedere con il rito camerale per quanto concerneva il giudizio preliminare, tale valutazione non poteva essere fatta per il successivo giudizio di merito che necessitava invece delle garanzie apprestate dal giudizio ordinario.

Anche se la giurisprudenza aveva cercato di appianare la differenza tra il rito ordinario e quello camerale, statuendo che quest'ultimo possa includere << elementi della giurisdizione contenziosa nei limiti compatibili con le norme di tale procedimento >>, la divaricazione presente tra i due procedimenti costituirebbe sul piano della difesa processuale uno svantaggio per le parti processuali se si adottasse il procedimento in camera di consiglio presso il Tribunale per i minorenni. La Cassazione in varie pronunce citate precedentemente, asseriva per lo svolgimento del procedimento in esame in camera di consiglio, ma in seguito statuì sulla questione di competenza per territorio⁶³, decidendo in favore del criterio del luogo di residenza del convenuto.

La Corte sosteneva che l'art. 18.c.p.c individuando un criterio di competenza territoriale generale, quest'ultimo poteva essere derogato solo in presenza di norme specifiche. Seguendo quest'impostazione veniva contestata la questione che il principio generale del foro del convenuto non era previsto per i procedimenti camerali, e in quei procedimenti camerali che si svolgevano presso i vari tribunali specializzati, veniva utilizzato il criterio della residenza del minore.

La Corte però ribatteva sostenendo che il procedimento per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità pur essendo trattato in camera di consiglio, si distingueva dagli altri procedimenti camerali per così dire "general", poiché in quest'ultimo si doveva avere un rigoroso rispetto del principio del contraddittorio, l'istruttoria doveva essere svolta in maniera tale da garantire una sostanziale equiparazione con quella tipica del *modus operandi* del giudice ordinario e il provvedimento emesso alla fine del suddetto procedimento, a prescindere dalla forma utilizzata aveva valore di sentenza, avendo quest'ultimo carattere decisorio e definitivo. Pur dovendo applicare il rito camerale a tale procedimento, questo non comportava la totale applicazione degli artt. 737.ss.c.p.c poiché bisognava

⁶³ (Cass.civ. 18 novembre 1988, n.6232 in Giust.civ.,1989,I,611; in Dir.famiglia, 1989, 53; Cass.civ., 29 marzo 1989, n.1505 in Mass., 1989; Cass.civ.,sez.un., 7 febbraio 1992, n.1374 in Foro.it.,1992,I,679)

tenere presente la differenza tra procedimenti in materia di volontà giurisdizione da quelli contenziosi e solo quest'ultimi avevano come oggetto la risoluzione di controversie inerenti diritti soggettivi.

Nei procedimenti di volontaria giurisdizione il criterio del foro generale del convenuto era inapplicabile poiché non vi era un convenuto, mancando in quest'ultimo una lite in senso tecnico, non si poteva configurare un tale criterio di competenza.

Viceversa nei procedimenti camerali contenziosi si procedeva all'accertamento di uno status o all'attribuzione di un bene della vita fra due soggetti e riavendo così due parti contrapposte nel processo ritornava utilizzabile il criterio generale del foro del convenuto.

Il giudizio volto ad accertare lo status giuridico del figlio naturale sia nel procedimento di ammissibilità di tale azione che in quello successivo di merito si svolgeva secondo la procedura prevista per il rito camerale, ma essendo un procedimento di natura contenziosa era pacifico applicare le garanzie del processo ordinario di cognizione, fra cui il criterio generale del foro del convenuto. La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale del figlio naturale avendo come oggetto un diritto indisponibile, era sempre stato pacifico per la dottrina e la giurisprudenza che in tema di status personali era inammissibile la rinuncia all'azione.

In alcune pronunce della Cassazione era emerso la questione se fosse stato o no possibile rinunciare agli atti del giudizio ai sensi dell'art. 306.c.p.c. per conseguire l'estinzione del processo, e riproporre la domanda in un secondo momento.

In una pronuncia⁶⁴ la Corte aveva statuito sulla inammissibilità di poter procedere a una transazione o ad una rinuncia, poiché la materia contesa aveva ad oggetto diritti indisponibili, ma a parere della dottrina, la Corte non aveva delineato esattamente la problematica in questione, ovvero nel caso in esame si controvertiva sulla possibilità di una rinuncia agli atti del giudizio e non ad una rinuncia della domanda (o dell'azione), le due fattispecie comportavano degli effetti processuali ben distinti, ovvero la rinuncia agli atti del giudizio comportava l'estinzione del processo, ma non precludeva la possibilità di riproporre la domanda ex novo in un successivo momento, mentre la rinuncia all'azione produceva gli stessi effetti della pronuncia di rigetto, ovvero il venir meno della pretesa sostanziale che costituiva l'esplicazione del principio della libera disponibilità della tutela giurisdizionale previsto dagli artt. 2907.c.c e 99.c.p.c, ma pur essendo chiara la differenza tra le due fattispecie in giurisprudenza si era creata una certa confusione tra i due termini poiché in alcune pronunce il termine

⁶⁴ (Cass.civ.,sez.I, 5 Giugno 1993, n.6309 in Fam.e.dir.1994, 27, con osservazioni di VULLO)

“rinuncia all'azione” veniva utilizzato per indicare la “rinuncia agli atti del giudizio”, provocando in questo modo una certa incoerenza sistematica.

Infatti la Corte in questa problematica non aveva esaminato specificamente la questione, poiché l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale non poteva essere rimessa alla libera disponibilità delle parti, ma era senza dubbio ammissibile che la parte potesse rinunciare agli atti del giudizio ai sensi dell'art. 306.c.p.c.⁶⁵.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, primo e terzo comma disp.att.c.c. in relazione alla competenza in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale e successivi orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

La questione di costituzionalità dell'art. 68 della legge 4 maggio 1983 n. 184 era stata sollevata inizialmente da un tribunale minorile⁶⁶ (tribunale per i minorenni di Torino con l'ordinanza del 23 giugno 1986), e successivamente anche da altri tribunali ⁶⁷, in relazione al fatto che appariva irragionevole l'attribuzione alla competenza del tribunale per i minorenni, in caso di minori, mentre il tribunale ordinario rimaneva competente nel caso di maggiorenni, comportando così una differenziazione di tutele tra due situazioni uguali basata quindi sul criterio selettivo dell'età del soggetto richiedente l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, in palese contrasto con l'art. 3.Cost., inoltre si profilava anche un contrasto con l'art. 102.Cost poiché essendo un'attribuzione ingiustificata e irragionevole equivaleva a considerare tale organo alla stregua di un giudice speciale, infine veniva contestata la questione del rito innanzi al tribunale specializzato, ovvero la mancanza della procedura più garantistica del rito ordinario in riferimento all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, un'azione quindi produttiva di un giudicato dichiarativo di stato.

La problematica in questione atteneva alla fondatezza o meno dell'attribuzione di suddetta

⁶⁵ (Cass.civ.,sez.I, 11 settembre 1993, n.9477 in Giust.civ., 1994, I, 90; in Fam.e dir.1994, 26, con osservazioni di VULLO)

⁶⁶ (T.minorenni Torino 23 giugno 1987, in Giur.costit.,1986,II,141,1599)

⁶⁷ (T.minorenni Bologna, 24 ottobre 1986 in Dir.Famiglia, 1987, 59; in Giust.civ.,1987,I,2949; T.minorenni Napoli 17 dicembre 1986 in Dir.Famiglia,1987,64; A.Bologna, 20 maggio 1987 in Giur.costit.,1987,II,2,966; T.Pisa, 5 novvmbre 1987 in Giur.costit.,1989,II,1365)

competenza al tribunale per i minorenni quando il procedimento aveva come parte i minori, a discapito invece di una competenza del giudice ordinario quando il procedimento aveva come parte un maggiorenne, quindi secondo le varie giurisdizioni inferiori si profilava una disparità di trattamento ai sensi dell'art. 3. Cost verso i figli minori che non avevano la stessa tutela apprestata ai maggiorenni nel processo di cognizione ordinario, inoltre veniva in rilievo il fatto che quest'azione dichiarativa di stato poteva anche essere attribuita a tale organo specializzato, a patto che venissero riviste le garanzie processuali a tutela del preminente interesse del minore, poiché si profilava una lesione del diritto di difesa di quest'ultimo ai sensi dell'art. 24. Cost se si propendeva per la procedura in camera di consiglio, in relazione all'assunto in cui stabiliva che il tribunale per i minorenni << provvede in camera di consiglio >> nell'azione diretta all'accertamento giudiziale di paternità e maternità. Alla Corte Costituzionale era stata demandata quindi la risoluzione della questione ampiamente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza sulla competenza del tribunale per i minorenni, era stato affermato infatti che << il collegare all'età del minore una competenza funzionale coniuga l'irragionevolezza alla disuguaglianza perché essendo ontologica la differenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, cittadini nei cui confronti è intentata la stessa domanda di dichiarazione di paternità o maternità naturale, vengono sottoposti a giudici diversi >>, infatti si riteneva che nell'ambito del procedimento relativo all'accertamento di status di figlio naturale si controvertiva su un rapporto biologico in cui era irrilevante l'età del soggetto legittimato a richiedere l'azione. Le azioni di stato essendo indifferenti rispetto all'età del soggetto, e quindi il fatto che si avesse un soggetto richiedente tale azione minorenne o maggiorenne era equivalente, non si riteneva quindi giustificabile una divaricazione delle competenze << nel caso di minori >>.

La Corte Costituzionale dichiarò manifestamente infondata⁶⁸ con varie ordinanze la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, primo e terzo comma disp.att.c.c, in riferimento agli artt. 3 e 102. Cost nella parte che attribuiva al tribunale per i minorenni la competenza ex art. 269.c.c, poiché non appariva irragionevole la scelta di attribuire a tale organo specializzato, per l'appunto in controversie minorile, l'azione suddetta, quest'ultimo investito ai sensi dell'art. 102. Cost di una specializzazione era l'organo più adatto visto la naturale composizione e il complesso dei poteri a quest'ultimo attribuiti. La Corte ricordava anche che ogni azione in materia di status avendo caratteristiche e modalità tipiche proprio in vista delle finalità da perseguire, niente avrebbe ostato ad una competenza diversificata.

⁶⁸ (Corte.cost.[ord.], 10 dicembre 1987, n.510 in Giur.costitut., 1987,I,3338; Corte cost.[ord.], 12 novembre 1987, n.395 in Giur.costitut., 1987,I,2798; Corte cost.[ord.] 30 giugno 1988, n.748 in Giur.costitut., 1988,I,3439; in)

In relazione all'assunto in cui si stabiliva che il tribunale per i minorenni << provvede in camera di consiglio>> nell'azione diretta all'accertamento giudiziale di paternità e maternità la Consulta esaminando la questione, ne aveva deliberato l'inammissibilità, in relazione al terzo comma dell'art. 38 disp. att. c.c., stabilendo che il giudizio ex art. 269 c.c. doveva essere svolto secondo la procedura del rito camerale, precisando però che essendo una controversia che concerneva l'accertamento di uno status, il giudizio doveva essere il più possibile omologato al giudizio svolto secondo il rito ordinario, prevedendo quindi almeno un grado di cognizione del merito il più possibile esaurente.

La Corte Costituzionale in varie pronunce di ammissibilità, pur non dichiarando incostituzionali le suddette norme, aveva sempre precisato che il giudizio pur svolto nelle forme camerali doveva essere improntato il più possibile, al rispetto del criterio della ragionevolezza e al rispetto dei diritti costituzionali del principio del contraddittorio e della difesa, oltre che la salvaguardia dei principi sulla prova, tipici del rito ordinario. L'opinione della Consulta si fondava sul fatto che all'interno del sistema giuridico erano presenti vari casi in cui il procedimento camerale utilizzava elementi propri della giurisdizione contenziosa (interdizione, inabilitazione, dichiarazione di morte presunta, separazione personale dei coniugi). Il legislatore avvalendosi di una scelta puramente discrezionale, aveva privilegiato l'utilizzo della procedura camerale poiché aveva ritenuto che in tali situazioni fosse più opportuno una procedura celere che non si sottoponesse ai tempi ampiamente dilazionatori del giudizio ordinario. La Consulta inoltre non aveva riscontrato nell'attribuzione al tribunale per i minorenni del procedimento ex art. 269 c.c., una lesione dell'art. 24 Cost., nella trattazione di quest'ultimo in camera di consiglio, poiché nulla osterebbe alla osservanza del diritto di difesa e soprattutto al fatto che la disciplina del rito camerale si conformasse alla struttura specifica dei provvedimenti in esame, purché fosse rispettato il dovere di assicurare la garanzia del contraddittorio e l'assunzione di ogni possibile mezzo prova.

La Cassazione nelle successive pronunce⁶⁹ all'orientamento della Consulta pur conformandosi alle linee guide di quest'ultima, e ritenendo quindi che il giudizio di accertamento della paternità e maternità dovesse adeguarsi il più possibile al rito ordinario, si limitava a prescrivere l'utilizzazione dei termini ordinari per l'impugnazione, ovvero il termine breve di trenta giorni dalla notificazione della sentenza ed il termine lungo dell'anno di pubblicazione della medesima, poiché il provvedimento finale emanato al termine del procedimento era una sentenza, il termine per proporre il ricorso in appello non poteva che essere quello previsto per il rito ordinario ex artt. 325, 326 e

⁶⁹ (Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, Foro.it., 1996, I, 3070 con nota critica di CIVININI, Dichiarazione giudiziale di genitura naturale e rito applicabile innanzi al tribunale per i minorenni.)

327.c.p.c, invece che quello di dieci giorni previsto dall'art.739, secondo comma c.p.c., avverso i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio. Inoltre la forma prevista dell'appello che doveva essere utilizzata era quella del ricorso e non quella della citazione.

All'orientamento giurisprudenziale maggioritario che propendeva quindi per l'instaurazione del rito camerale pur adeguandolo ai principi propri del rito ordinario, si poteva ricollegare anche l'orientamento della Corte che in merito all'instaurazione del rito ordinario innanzi al tribunale minorenni in virtù del principio della conversione degli atti nulli, per cui l'errore nella forma dell'atto non determinava la nullità del procedimento, quando il contraddittorio fosse stato regolarmente instaurato e l'atto avesse raggiunto lo scopo a cui era preordinato, quest'ultima aveva sempre stabilito che l'adozione del rito ordinario non comportava l'invalidità del giudizio.

Un altro profilo dibattuto era quello relativo al fatto se era ammissibile o meno, delegare l'assunzione dei mezzi di prova a uno dei componenti del collegio; l'orientamento giurisprudenziale dominante era favorevole alla delegabilità da parte del collegio ad uno dei suoi componenti, ma si erano verificati dei precedenti contrari⁷⁰ a tale orientamento, argomentati sul presupposto che si ritenevano estensibili al rito camerale le argomentazioni in relazioni al rito del lavoro (nel quale rito speciale, dopo alcune incertezze, si era giunti a ritenere inammissibile la delega da parte del collegio ad uno dei suoi componenti per l'assunzione dei mezzi di prova, comportandone così la nullità assoluta degli atti e la conseguente impossibilità di sanabilità dei medesimi), e dal fatto che mancando nei procedimenti camerali un giudice istruttore a differenza del procedimento ordinario, le prove dovessero essere assunte dal collegio e prevedendo che se in caso contrario i mezzi istruttori non fossero stati assunti dal collegio, si avrebbe avuto la nullità per vizio di costituzione ex. art.158.c.p.c., pur negando la rilevabilità in ogni stato e grado. Considerando che il CSM (circolare 12 ottobre 1984, n.7771) aveva sempre consentito la prassi vigente all'interno dei tribunali minorili, ovvero quella di poter svolgere attività istruttoria singolarmente; e che inoltre le nullità ex. art. 158.c.p.c non ammettevano sanatoria se non per effetto del giudicato, la soluzione espressa metteva in crisi il sistema.

La Cassazione arrivò agevolmente a un empassement⁷¹ in questa tematica, seguendo anche le soluzioni offerte dalla dottrina, la quale riteneva non applicabile la normativa sul rito speciale del lavoro, poiché essendo il rito camerale un rito speciale, le eventuali lacune andavano colmate facendo

⁷⁰ (vedi Cass.civ.,sez.I, 3 settembre 1994, n.7629 in Foro.it,1995,I,2199, con osservazioni di CIVININI; in Foro.it.,1996,I,1020, con osservazioni di CIPRIANI)

⁷¹ (Cass.civ.,sez.un.,19 giugno 1996,n.5629 in Fam.e dir.,1996,305, con osservazioni di TOMMASEO; in Giur.it;1996,I,1,1300, con osservazioni di CARRATTA)

ricorso ai principi del rito ordinario, non con quelle di un altro rito speciale, inoltre in questo caso si trattava di applicare una regola destinata ai giudizi di appello, mentre per quanto riguarda l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità si controvertiva su una regola applicabile per l'intero procedimento, e inoltre una regola per i giudizi di gravame non poteva essere applicata per analogia ai procedimenti di primo grado.

Inoltre riguardo al presupposto che prendendo in correlazione le norme del processo ordinario vi erano delle norme che espressamente disciplinavano il giudice istruttore a differenza della normativa del procedimento camerale, si riteneva che la mancanza di un'esplicita norma in relazione alla nomina di un giudice istruttore comportasse di conseguenza l'ammissione in capo all'organo collegiale ma questo non significava che vi era l'obbligo che il collegio che provvedesse all'ammissione dei mezzi istruttori fosse lo stesso che le dovesse anche assumere, per arrivare a una tale affermazione, ci sarebbe voluta un'esplicita norma e prendendo in esame la normativa del procedimento ordinario si potevano ravvisare dei casi in cui il collegio quando ritenesse ammissibile delle prove, rimetteva l'assunzione delle medesime in capo al giudice istruttore ex. art. 280.c.p.c, si ravvisava dunque il principio per cui nel procedimento ordinario il collegio rimetteva l'assunzione dei mezzi istruttori al giudice istruttore e poteva solamente riassumerne l'assunzione di quest'ultimi una volta esaminati dal giudice istruttore. Il legislatore se avesse ritenuto che l'organo collegiale avesse potuto deliberare sia in ordine all'ammissione che in ordine all'assunzione l'avrebbe chiaramente esplicitato.

Si poteva dedurre quindi che niente osterebbe all'ipotesi di delegabilità in capo a un componente del collegio dell'assunzione dei mezzi di prova nel rito ordinario.

La Corte aderiva alle argomentazioni delineate dalla dottrina e nella sentenza in esame aveva affermato che il collegio poteva sempre delegare a un membro l'assunzione degli elementi probatori, da assoggettare successivamente alla valutazione dell'organo collegiale, motivando tale assunto partendo dal fatto che oltre alla mancanza di una normativa esplicita al riguardo, nel processo camerale era sempre consentita la delega ad uno dei componenti del collegio delle inchieste sommarie ex. art. 274.c.c, e quindi secondo la Corte tale principio deve essere pienamente applicato in un procedimento istituito principalmente per principi di celerità ed economia processuale.

La soluzione espressa dalla giurisprudenza della Corte, in ordine all'attribuzione del rito camerale dell'azione dichiarativa di status di figlio naturale non era condivisa dalla dottrina, poiché nella sentenza in esame (Cass. civ. 19 giugno 1996, n. 5629) la Cassazione, pur aderendo all'interpretazione della Corte Costituzionale, si limitava a considerare i termini per l'impugnazione, peraltro motivando

l'adozione dei suddetti termini solamente perché l'atto da impugnare era una sentenza e non per garantire il rispetto dei principi costituzionali.

La dottrina non condivideva la scelta del rito camerale per lo svolgimento della suddetta procedura come più volte sottolineato da molti autori, poiché questo rito non poteva essere configurato come ad esempio rilevava Antonio Carratta⁷², “alla stregua di un contenitore neutro” al quale il legislatore attingeva nella trattazione delle più diverse materie.

La dottrina infatti sosteneva che considerando la procedura camerale come un contenitore neutro si perdeva di vista la distinzione posta dal legislatore tra tutela camerale e tutela ordinaria e si sosteneva che in materia di status e diritti soggettivi era necessario assicurare almeno un giudizio a cognizione piena ed esauriente, il rito camerale non poteva essere considerato un contenitore neutro nel quale poter svolgere ogni qualsiasi materia a prescindere dal fatto che appartenga alla giurisdizione volontaria o a quella contenziosa. Tali decisioni della Corte di Cassazione, come sostenuto da alcuni autori, delineavano quindi un rito camerale speciale che si poteva omologare alle controversie di natura contenziosa.

Competenza e rito nei giudizi di accertamento della paternità o maternità naturale promossi da maggiorenni.

Soffermandoci brevemente sul procedimento di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità promosso da soggetti maggiorenni, visto che è stato recentemente affrontato in una pronuncia della Corte di Cassazione⁷³, possiamo innanzitutto constatare che in ordine alla questione di competenza pur non comportando quest'ultima nessun dubbio, essendo stata pacificamente attribuita al tribunale ordinario, competente in ordine all'art. 38 disp.att.c.c., che attribuisce una competenza residuale al suddetto organo per i provvedimenti non espressamente attribuiti al tribunale per i minorenni; alcuni dubbi sono sorti in ordine al rito da applicare ovvero se il tribunale ordinario debba o meno utilizzare il rito camerale o il rito ordinario.

⁷² (CARATTA, nota a Cass.civ., sez.un., 19 giugno 1996, n.5629)

⁷³ (Cass.civ.,sez. I, 25 Novembre 2010, n. 23970 in Dir. Famiglia, 2012, 117, con osservazioni di ZINGALES)

L'art. 38.disp.att.c.c. individua come giudice competente per l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale il tribunale per i minorenni, quindi essendo stabilita al secondo comma del suddetto articolo una competenza generale in capo al tribunale ordinario << sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria>>, quest'ultimo è competente per le azioni di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità promosse da soggetti maggiorenni.

Nel caso esaminato dalla Corte di legittimità un soggetto maggiorenne proponeva tale azione innanzi al tribunale ordinario che si era svolta con il rito ordinario, successivamente veniva impugnata la sentenza dagli eredi del padre, l'atto di appello però veniva prima depositato e successivamente dopo la scadenza del termine breve di impugnazione veniva notificato.

Per tale motivo il giudice di secondo grado aveva ritenuto inammissibile la proposizione dell'appello, poiché era stato introdotto ai sensi dell'art. 739.c.p.c., mentre doveva essere proposto con le forme ordinarie, ovvero con atto di citazione.

Il giudice d'appello riteneva che la controversia in primo grado doveva essere trattata con il rito camerale, ma visto che era stata trattata con il rito ordinario, per il principio dell'ultrattività del rito, anche il successivo giudizio in secondo grado doveva essere trattato con il rito ordinario.

La Corte di legittimità investita di tale questione per violazione e falsa applicazione degli artt. 739 e 325.c.p.c, ha ritenuto non applicabile il rito camerale poiché quest'ultimo non può essere applicato in mancanza di un'espressa previsione legislativa.

La Corte ha confermato in questa statuizione l'esistenza del principio generale per cui in materia di diritti soggettivi e di status la trattazione di quest'ultimi deve avvenire con il rito ordinario, con un rito quindi a cognizione piena ed esauriente. La Corte motiva la sua argomentazione partendo dal dato letterale del secondo comma dell'art. 38.disp.att.c.c. che come riportato precedentemente designa una competenza generale in capo al tribunale ordinario.

La dottrina⁷⁴ pur condividendo questo orientamento giurisprudenziale sottolineava il fatto che l'art. 38, secondo comma disp.att.c.c. era stato introdotto dal legislatore quale norma attributiva di competenza che non contemplava nessun riferimento in merito al rito applicabile. Inoltre da sempre era dibattuta la questione sul successivo comma della suddetta disposizione << in ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio sentito il pubblico ministero>>, sul generico riferimento

⁷⁴ (FINOCCHIARO, La forma e il procedimento dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale innanzi al tribunale per i minorenni, in Giust.civ.,1985,I,2606; CARLINI, Note in tema di legittimità costituzionale dell'attribuzione al accertare la paternità o maternità naturali, in Giur.merito,1988,1021)

<<il tribunale>> molti autori avevano ritenuto che tale enunciato ricomprendesse anche il tribunale ordinario, visto l'ampiezza e la genericità del suddetto articolo, ipotizzando che a prescindere da quale dei due organi fosse competente in materia, si sarebbe dovuto utilizzare il rito camerale in questione, ma ad avviso sia della giurisprudenza⁷⁵ che dalla dottrina maggioritaria, tale ipotesi non appariva rispondente al dato letterale della disposizione, in cui non veniva riscontrato alcun elemento che facesse propendere per una generalizzazione del rito da applicare.

La disposizione quindi si riferiva esclusivamente al tribunale per i minorenni e ciò era confermato dal successivo comma che prevedeva il reclamo avverso il provvedimento emesso dal tribunale specializzato presso la sezione della Corte di appello per i minorenni.

La competenza del tribunale per i minorenni in ordine all'affidamento e mantenimento dei figli naturali

La disciplina in materia di filiazione con la riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva compiuto un notevole passo verso una piena equiparazione tra la filiazione legittima e quella naturale, poiché nonostante la carta costituzionale all'art. 30.Cost. avesse enunciato il principio della piena equiparazione tra filiazione legittima e naturale, le norme del codice civile necessitavano di un adeguamento totale della disciplina, per fare un esempio l'art. 269.c.c, in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, era esperibile solo in presenza di una serie di ipotesi tassative, la prova della paternità o della maternità naturale era quindi subordinata a un sistema di presunzioni legali e il giudice era costretto a dichiarare inammissibile l'azione di accertamento di status, se non riscontrava la presenza delle condizioni di ammissibilità richieste dal suddetto articolo. Un altro esempio riguardava il diritto successorio, dove la quota indisponibile era minore per i figli naturali (pur qualificati come eredi necessari) rispetto a quella dei figli legittimi.

La riforma del diritto di famiglia aveva cercato di adeguare l'impianto codicistico al dettato costituzionale, anche se lo stesso l'enunciato costituzionale prevedendo che << La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri

⁷⁵ (vedi Cass.,sez.un., 19 giugno 1996, n.5629, in Giur.it.,1996,I,1298;in Foro.it.,1996,I,3070; in Fam.e dir.,1996,302)

della famiglia legittima>>, garantiva sempre la famiglia legittima, ovvero pur ammettendo una piena equiparazione, la tutela dei figli legittimi era pur sempre favorita, poiché la disciplina dei figli naturali poteva essere limitata in favore della famiglia legittima.

Con la riforma del diritto della famiglia del 1975 la tutela della filiazione naturale era stata in molti aspetti riformata, come ad esempio l'art. 269.c.c, disponendo che la prova di paternità o maternità poteva essere data con ogni mezzo, ma rimanevano ancora molte differenze, come ad esempio l'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima di uno dei due genitori che era subordinato all'autorizzazione del giudice e al consenso dell'altro coniuge e dei figli legittimi ultrasedicenni, una differenza concerneva (tutt'ora presente) anche l'accertamento di status, dove per il figlio legittimo avveniva attraverso l'atto di nascita in cui si applicavano le presunzioni relative alla paternità in caso di matrimonio, mancando quest'ultimo per il figlio naturale era necessario quindi un atto di riconoscimento. Dal punto di vista sostanziale l'equiparazione era quasi totale, ma non poteva affermarsi lo stesso principio per quanto riguardava la disciplina processuale, in quanto la tutela apprestata ai figli naturali era secondo una parte della dottrina stata trascurata dal legislatore, creando così incertezze e discriminazioni verso la prole naturale.

Al tribunale per i minorenni era da sempre attribuita la competenza generale in ordine all'affidamento di figli naturali⁷⁶ ai sensi degli artt. 316 e 317-bis.c.c richiamati dall'art. 38.disp.att.c.c.

Nel sistema previgente mancava una norma specifica devolutiva di competenza in ordine alle questioni di affidamento della prole naturale riconosciuta da entrambi i genitori non coniugati, ma veniva riconosciuta la competenza del tribunale per i minorenni in base al combinato disposto delle norme 316 e 317-bis.c.c, poiché l'art. 317-bis.c.c, enunciando il principio per cui la potestà spettava congiuntamente ai genitori conviventi che avevano provveduto al riconoscimento del figlio naturale, prevedendo così il medesimo principio espresso dall'art. 316.c.c per i figli legittimi, disponendo inoltre che il giudice può disporre diversamente nell'interesse del figlio minore arrivando anche ad escludere la potestà ad entrambi e nominando un tutore, si arrivò così a ritenere che data la stretta connessione tra affidamento ed esercizio della potestà genitoriale, essendo l'affidamento un fatto modificativo della potestà, andando quest'ultimo a modificare il fattore della convivenza che era stato ritenuto come essenziale per determinare l'esercizio della potestà congiunta in capo ai genitori verso il figlio naturale, tali provvedimenti andavano a rientrare nella competenza del tribunale per i minorenni, essendo l'organo competente in materia di esercizio della potestà.

⁷⁶ (Cass.civ.,11 novembre 1982, n.5946 in Giust.civ., 1983,I,59; in Dir.Famiglia, 1983,448;)

In relazione ai provvedimenti di affidamento della prole legittima gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali erano da sempre discordi e alternanti la competenza tra giudice specializzato e giudice ordinario; le difficoltà risiedevano nel mancato richiamo della norma 317, secondo comma. c.c., ma in relazione alla prole naturale, in ordine ai suddetti provvedimenti, l'orientamento giurisprudenziale dominante propendeva pacificamente per l'attribuzione al tribunale minorile.

In altri termini si faceva rilievo sul dato “della convivenza” qualificandolo come parametro per collegare l'affidamento all'esercizio della potestà. L'affidamento era volto a determinare il genitore con il quale il figlio avrebbe stabilito la dimora principale e di conseguenza ne avrebbe determinato la potestà. Alcuni esponenti della dottrina e anche le giurisdizioni minorili⁷⁷ esaminando l'art 317-bis.c.c, ritenevano che quest'ultimo articolo non enunciasse espressamente e in maniera specifica, al contrario dell'art. 155.c.c applicabile per i figli legittimi, una pronuncia di affidamento in capo ad uno dei genitori, la formulazione della disposizione in esame prevedendo che<<il giudice nell'esclusivo interesse del figlio, può disporre diversamente, può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore>>, non veniva quindi in rilievo una pronuncia sull'affidamento, viceversa l'art. 155.c.c prevedeva <<il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei due coniugi i figli sono affidati >> e esaminando anche l'art. 6 della l. 1 dicembre 1970 n. 898 << il tribunale che pronuncia lo scioglimento del matrimonio dichiara a quale genitore i figli sono affidati.... qualora il genitore affidatario non si attenga alle condizioni dettate il tribunale valuterà detto comportamento al fine del cambio di affidamento>>, si era arrivati alla conclusione che nel sistema delineato dal legislatore, la pronuncia concernente all'affidamento era comprensiva del controllo operato dal giudice nel momento patologico del rapporto coniugale e che nell'ambito dell'esercizio della potestà, attribuita al tribunale minorile, rientravano solo i provvedimenti concernenti la decadenza o la limitazione della medesima ex. artt. 330 e 333.c.c, ovvero in caso di comportamenti o condotte pregiudizievoli del genitore nei confronti del figlio, deducendo quindi che l'affidamento ad uno dei genitori era solo l'effetto della intervenuta pronuncia avente ad oggetto la decadenza o la limitazione della potestà, e non c'era quindi quella stretta e correlata connessione tra affidamento e esercizio della potestà.

Riassunto brevemente l'orientamento dominante in relazione ai provvedimenti di affidamento verso i figli legittimi, ci si chiedeva come mai un provvedimento concernente l'affidamento del figlio

⁷⁷ (T.minorenni Roma, 10 febbraio 1986 in Giur.merito, 1986, 509; in Dir. famiglia, 1986, 192, con osservazioni di DALL'ONGARO, La coscienza del giudice minorile: una sentenza che fa riflettere; vedi anche T.minorenni Palermo,15 gennaio 1988 in Dir.famiglia,1988,1036)

naturale dovesse essere deciso dal tribunale minorile visto che secondo l'orientamento dominante in caso di contrasto dei genitori in merito alla custodia del figlio, il giudice competente al quale rivolgere la suddetta questione, fosse il giudice ordinario ma nel caso non intercorresse il vincolo matrimoniale allora sarebbe stato il tribunale per i minorenni. L'orientamento giurisprudenziale richiamato non aveva esaminato specificamente tale tematica, comportandone così una critica, da una parte della dottrina che denunciava tale lacuna, poiché la disciplina applicata era fonte palesemente di una discriminazione di tutela dal punto di vista processuale verso i figli naturali.

Qual è il giudice competente a provvedere in ordine all'affidamento e mantenimento dei figli naturali?

Un problema dibattuto era quello relativo all'individuazione del giudice competente in ordine alla statuizione del provvedimento concernente il mantenimento del figlio naturale⁷⁸.

L'obbligo di mantenimento si differenziava dal diritto agli alimenti per un contenuto più ampio e comprensivo di quest'ultimo, poiché il mantenimento dovuto al figlio non comprendeva soltanto un contributo economico per il sostentamento essenziale di quest'ultimo, ma si sostanziava in un diritto-dovere da parte dei genitori, enunciato dall'art. 30.Cost e dagli artt. 147 e 261.c.c, ovvero i genitori dovevano provvedere all'assistenza e allo sviluppo psicofisico dei figli, dovevano adempiere quindi a una funzione educativa in linea con le aspirazioni del figlio per far sì che quest'ultimo raggiungesse una maturità completa e delle conoscenze sia tecniche che sociali che lo potevano rendere indipendente e capace di inserirsi nella realtà lavorativa e sociale.

L'obbligo di mantenimento quindi a differenza dell'obbligo alimentare prescindeva da un oggettivo stato di bisogno del soggetto richiedente ma si sostanziava invece in un dovere verso il figlio che permaneva fino al momento in cui quest'ultimo non raggiungesse un sufficiente grado di indipendenza, non veniva meno quindi come avevano sostenuto precedentemente con il raggiungimento della maggiore età.

⁷⁸ (T.minorenni Roma 10 febbraio 1986 in Giur.merito,1986,509: in Dir.Famiglia,1986,192, con osservazioni di DALL'ONGARO,)

Il diritto-dovere dei genitori di provvedere ad ogni necessità del figlio era indipendente sia dal vincolo coniugale intercorrente tra quest'ultimi e dall'esercizio o meno della potestà, esso veniva ad esistenza con il fatto della generazione, ovvero l'evento procreativo che comportava automaticamente in capo ai genitori il diritto-dovere a provvedere all'assistenza economica, morale ed educativa nei confronti del minore.

L'obbligo di mantenimento, nonostante alcune incertezze giurisprudenziali, (ad esempio Cass. sent. n.7644/95 <<i provvedimenti circa il mantenimento del figlio decorrono dalla proposizione della domanda di merito, essendo estensibile all'obbligo del mantenimento, per identità di ratio, il principio dettato in tema di alimenti dell'art. 445.c.c>>)) incombeva sul genitore dal momento della nascita del figlio, quindi anche se tale diritto può essere fatto valere solo dopo che sia intervenuto l'atto di riconoscimento o una sentenza di accertamento giudiziale dello status (art. 261.c.c <<il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi>>)), una volta accertato quest'ultimo gli effetti della sentenza dichiarativa retroagiscono al momento della nascita, poiché la nascita al di fuori del vincolo matrimoniale non può essere un fattore discriminante.

Il problema dibattuto era quindi quello relativo al giudice competente in ordine all'emanazione del provvedimento di mantenimento del figlio naturale, sia la dottrina che la giurisprudenza non erano unanime nella individuazione dell'organo giudiziario competente⁷⁹, creando così ancora una volta, una frammentazione e un'alternatività di competenze tra il giudice ordinario e il giudice specializzato. Secondo alcuni la competenza apparteneva al tribunale per i minorenni in base al disposto enunciato all'art. 333.c.c, ovvero in presenza di una condotta pregiudizievole del genitore, ma veniva puntualmente obiettato che quest'articolo non era idoneo, vista la sua genericità nella formulazione, ad individuare una linea di confine tra le competenze dei suddetti organi, inoltre veniva contestato il fatto che tale enunciato si riferiva solamente alle questioni di natura personale e non anche a quelle di natura patrimoniale, infine i decreti emessi dal tribunale specializzato ai sensi degli artt. 333 e 336.c.c non costituivano titolo esecutivo, quindi i relativi provvedimenti in ordine al mantenimento sarebbero stati alquanto inefficaci se sprovvisti di efficacia esecutiva.

Secondo altri autori invece bisognava riproporre la classica distinzione tra prestazioni di natura personale di competenza del tribunale minorile e prestazioni di natura patrimoniale di competenza del giudice ordinario.

⁷⁹ (propende per l'attribuzione al tribunale per i minorenni Trib.minorenni Bari 11 giugno 1982, in Giur.merito 1984,597, con nota critica di DOGLIOTTI, Famiglia di fatto e competenza del tribunale ordinario)

Un indirizzo che era stato avallato dalla Corte di legittimità, che come abbiamo già precedentemente esaminato era stato ampiamente criticato poiché esaminando l'elencazione tassativa dei provvedimenti attribuiti alla competenza del tribunale specializzato ex art. 38 disp. att. c.c. si poteva facilmente desumerne l'infondatezza visto che tra i provvedimenti elencati vi erano alcuni a carattere strettamente patrimoniale come ad esempio l'art. 171 c.c. (amministrazione del fondo patrimoniale) oppure l'art. 194 c.c. (la costituzione dell'usufrutto a favore di uno dei coniugi, in relazione alle necessità della prole, su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge in caso di divisione dei beni nella comunione legale).

Un altro indirizzo anch'esso precedente richiamato era quello che vedeva il tribunale specializzato come l'espressione della tendenza evolutiva delle legislazioni moderne di delegare ad un organo specializzato le controversie minorili quindi quest'ultimo era competente anche ad emettere provvedimenti di natura patrimoniale, ma come precedentemente esposto, questa tendenza non è stata recepita dal nostro legislatore anche evitando di dare credito ai lavori preparatori della riforma del diritto di famiglia che avevano escluso espressamente l'istituzione di una sezione specializzata nelle controversie in ambito di diritto di famiglia e oltre ad un ampliamento delle competenze del tribunale specializzato su questa precisa tematica, escludendo l'art. 155 c.c. dall'elencazione dell'art. 38 disp. att. c.c. e guardando poi alle successive legislazioni in ambito di diritto di famiglia, emergeva anzi un favor legis verso il giudice ordinario anziché il tribunale per i minorenni.

Infine secondo l'orientamento giurisprudenziale della Cassazione arrivata infine ad una conclusione, si statuì che la competenza del tribunale per i minorenni era residuale rispetto a quella del tribunale ordinario, ovvero il tribunale specializzato era competente solo ad emettere i provvedimenti ablativi o limitativi della potestà ex art. 330 e 333 c.c.

Il problema però come precedente esposto risiedeva nella difficoltà di distinguere in maniera chiara e incontrastata un'ipotesi di condotta pregiudizievole che rientrasse nell'art. 333 c.c. dalle altre ipotesi comprendenti fatti oggettivi che giustificerebbero quindi l'intervento del tribunale ordinario, visto l'ampia casistica che è stata ricompresa nella formula <<condotta pregiudizievole>>.

Bisogna richiamare in questa esposizione l'intervento del tribunale per i minorenni di Roma⁸⁰ che in una pronuncia prendendo parte alla diatriba dichiarava che come era stato affermato dalla giurisprudenza dominante non esisteva (e non esiste tutt'ora) una competenza generalizzata del tribunale per i minorenni in ordine all'emanazione di ogni provvedimento relativo alla prole, in base

⁸⁰ (T. minorenni Roma 10 febbraio 1986 in Giur. merito, 1986, 509; in Dir. Famiglia, 1986, 192, con osservazioni di DALL'ONGARO,)

all'art. 38.disp.att.cc (che è stata istituita per essere una norma attributiva di competenza), il tribunale per i minorenni aveva una competenza particolare ed era specificatamente delineata dall'elencazione tassativa dell'articolo in questione al contrario di quella del tribunale ordinario che era generale. L'azione volta a corrispondere l'obbligo al mantenimento del figlio naturale verso il genitore inadempiente in mancanza di una norma specifica attributiva di competenza al tribunale specializzato doveva essere quindi rivolta al tribunale ordinario.

Il diritto al mantenimento come ricordato precedentemente prescindeva dalla potestà genitoriale e quindi da situazioni a carattere pregiudizievole e quindi una tale configurazione renderebbe poco plausibile l'attribuzione in capo al tribunale minorile competente ai sensi degli art. 330 e 333.c.c. Inoltre la decisione riguardo l'affidamento del figlio minore ad uno dei due coniugi era autonoma rispetto all'obbligo di mantenimento che incombe su entrambi i genitori per il solo fatto dell'evento generativo. L'obbligo di mantenimento costituiva quindi una domanda autonoma rispetto a quella concernente l'affidamento e tale domanda rientrava nelle competenze del tribunale ordinario, in mancanza di una specifica disposizione attributiva di competenza in favore del tribunale specializzato.

Erano sorti dubbi sulla natura accessoria della domanda concernente l'obbligo di mantenimento rispetto a quella di affidamento, una domanda è accessoria quando si trova in una posizione di subordinazione non per una minore importanza ma perché dal punto di visto logico presuppone la domanda principale, ma a prescindere da questi dubbi, l'art. 31.c.p.c secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, non consente deroghe alla competenza per materia nel caso in cui la competenza della causa accessoria appartenga a un giudice diverso, di conseguenza non può realizzarsi il *simultaneus processus*, in deroga alla competenza per materia, le cause vanno così separate e decise separatamente. Quindi essendo certa la competenza del tribunale ordinario ai sensi dell'art. 38.disp.att.c.c in ordine all'emanazione del contributo di mantenimento del figlio naturale non si poteva procedere a una riunione della cause innanzi al tribunale per i minorenni ma doveva essere decisa la separazione delle cause, cosicché il tribunale per i minorenni statuisse sulla domanda concernente l'affidamento e il tribunale ordinario viceversa provvedesse all'emanazione del provvedimento di mantenimento.

La Corte Costituzionale si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 317-bis.c.c e 38.disp.att.c.c.

Il tribunale per i minorenni di Genova aveva sollevato innanzi alla Corte Costituzionale con l'ordinanza 6 febbraio 1995, la questione relativa alla disparità di trattamento dei figli naturali verso i figli legittimi, in base al combinato disposto degli artt. 317-bis.c.c e 38.disp.att.c.c. il tribunale per i minorenni era competente in relazione all'affidamento della prole naturale, mentre per quanto riguardava l'emanazione del provvedimento concernente l'obbligo di mantenimento era competente il tribunale ordinario, veniva denunciato quindi la discriminazione operata verso la prole naturale in base agli artt. 3 e 30.Cost., che al contrario di quella legittima, non aveva un unico giudice competente in ordine ad entrambe le questioni.

La Consulta⁸¹ dichiarò che la questione non era fondata poiché era diversa la ratio sottostante alla differenza di trattamento delle due discipline in esame. La richiesta di provvedere all'obbligo di mantenimento doveva essere portata alla cognizione del giudice ordinario perché come aveva enucleato la Corte di Cassazione, la controversia concerneva due soggetti maggiorenni che come causa petendi aveva la comune qualità di genitori e come petitum la determinazione della misura del contributo che l'uno doveva versare all'altro. Inoltre per i figli legittimi l'intervento del giudice per decidere a quale dei due coniugi dovessero essere dati in custodia quest'ultimi, veniva richiesto in presenza della rottura del vincolo coniugale, invece per quanto riguarda i figli naturali mancando il rapporto coniugale, di conseguenza non c'era un processo unitario con un giudice che avesse la cognizione di tutte le vicende come quello per le vicende matrimoniali, in cui il giudice si occupava sia degli aspetti personali che patrimoniali, quindi secondo la Corte Costituzionale era il vincolo matrimoniale che comportava l'unicità della tutela in capo allo stesso giudice.

La Corte Costituzionale nella motivazione rilevava quindi l'inammissibilità della questione in relazione alla competenza del tribunale per i minorenni a statuire sui provvedimenti di mantenimento proposti simultaneamente a quelli in materia di status ed affidamento del figlio naturale, da premettere che tali provvedimenti non erano oggetto del giudizio a quo che invece riguardava una richiesta di revisione dell'assegno di mantenimento precedentemente emesso dal tribunale per i minorenni.

⁸¹ (Corte Cost., 5 febbraio 1996 n. 23 in Foro.it. 1997, I, 61, con osservazioni di CIPRIANI, Mantenimento per i figli naturali, competenza del giudice e intervento del p.m; in Fam.e dir., 1996,207ss., con osservazioni di FIGONE, Sulla competenza a disporre in ordine al mantenimento dei figli naturali; in Dir.fam.,1996,1327ss., con osservazioni di BORGONARO)

Il tribunale per i minorenni di Genova aveva dichiarato la incostituzionalità delle norme in questione poiché veniva a crearsi una discriminazione a livello processuale di due situazioni uguali che venivano ad esistere da un unico evento ovvero la fine del rapporto di convivenza dei genitori di figli naturali.

La Corte riteneva che la differenziazione delle competenze ad un organo giudiziario a un altro rientrasse nella discrezionalità del legislatore e che nello specifico la non applicabilità del *simultaneus processus* non violerebbe il diritto di difesa poiché la pretesa sarebbe stata oggetto della cognizione di un diverso giudice. Inoltre la diversa tutela apprestata ai figli naturali rispetto ai figli legittimi era derivante dal diverso vincolo che intercorrerebbe fra i genitori, in un caso vi sarebbe la convivenza *more uxorio* che si sarebbe potuta sciogliere in qualsiasi momento, nell'altro un vincolo matrimoniale che necessitava di un procedimento innanzi al giudice della separazione e del divorzio per risolvere tutte le controversie inerenti al rapporto di coniugio e di conseguenza <<ogni provvedimento relativo alla prole>>.

La Consulta fu adita successivamente⁸² dal tribunale per i minorenni di Genova, ma anche in questo caso venne ribadita l'infondatezza della questione prospettata innanzi ad essa per le stesse argomentazioni richiamate precedentemente.

La dottrina contestava tale decisione poiché appariva innegabile una discriminazione sul piano dell'art. 3 Cost. in relazione alla tutela apprestata ai figli naturali, a prescindere dal fatto che ai genitori di quest'ultimi toccavano più oneri processuali nel dover chiedere la tutela prima al tribunale per i minorenni e successivamente per le questioni inerenti al diritto di mantenimento rivolgersi alla cognizione del giudice ordinario, ma pareva alquanto irrazionale che il tribunale per i minorenni potesse statuire in ordine al provvedimento concernente l'obbligo di mantenimento nell'ambito della dichiarazione giudiziale di accertamento della paternità o maternità naturale ma non potesse farlo nell'ambito del procedimento concernente l'affidamento.

⁸² (Corte cost. 19 Giugno 1998, n. 228 in Foro.it., 1998, I, 3056, con osservazioni di DE SANTIS; in Famiglia e dir. 1998, 419, con osservazioni di VULLO; in Giur.it., 1998, 2009; in Giust.civ., 1998, I, 2418)

La l. n. 54 del 2006 recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e sull'affidamento condiviso dei figli: aspetti sostanziali e processuali

La legge n.54 del 2006 in materia di affidamento condiviso dopo un iter legislativo assai lungo e colmo di critiche ha apportato una serie di modifiche al diritto di famiglia sia a livello sostanziale che procedurale. La legge sull'affidamento condiviso ha recepito le linee guide della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con l. 176/1991 e la Convenzione di Strasburgo del 1996, ratificata con la l. 77/2003.

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo che è stata ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, enuncia tutta una serie di diritti a favore dei minori; si tratta di un documento dalla massima importanza che è stato il primo a livello internazionale a considerare il minore e tutte le problematiche inerenti ad esso.

La Convenzione enuncia il principio per cui il diritto spettante ad un soggetto adulto è lo stesso ed identico diritto che spetterebbe al minore, anzi quest'ultimo necessiterebbe di maggiori tutele, garanzie e strumenti per tutelare in maniera piena i propri diritti.

La Convenzione di New York enuclea il primo statuto dei diritti dei minori, proclamando tutta una serie di diritti e tutele che dovrebbero essere apprestate a quest'ultimi, ma malgrado l'ampia casistica di diritti, si registra che ancora dopo svariati anni trascorsi dalla sua approvazione, la tutela dei minori dei vari ordinamenti è pur sempre scarsa e inadeguata, anche nel nostro ordinamento, pur essendoci state alcune riforme che avevano cercato di recepire i principi espressi dalle convenzioni internazionali, (come ad esempio la l. 28 marzo 2001, n.149 che ha novellato l'art. 336.c.c., prevedendo l'obbligo dell'assistenza legale per i minori nei suddetti procedimenti contemplati dall'articolo); si deve pur sempre registrare una tutela inefficace nei confronti dei minori.

La legge 28 marzo 2001, n. 149 pur prevedendo una piena assistenza legale del minore nei procedimenti di adozione e anche nei procedimenti ablativi o limitativi della potestà, non aveva previsto la stessa garanzia processuale nei procedimenti di separazione o di divorzio e nonostante la questione fosse stata sollevata più volte alla Corte Costituzionale, quest'ultima ne aveva sempre dichiarato l'infondatezza.

La Convenzione di Strasburgo 26 gennaio 1996 , ratificata dall'Italia dopo un lungo iter legislativo con la l. 20 marzo 2003, n. 77, all'art. 1 enuncia il principio per cui i diritti processuali dei minori devono essere ampiamente garantiti, all'art. 4 e all'art. 9 prevede la facoltà per il minore di chiedere

personalmente o tramite altre persone o organizzazioni, la nomina di un proprio rappresentante legale quando non si può ricorrere alla rappresentanza dei genitori, all'art. 5 prevede la possibilità per il minore di chiedere la nomina di un terzo rappresentante e quando vi sia la necessità anche la nomina di un avvocato.

La L. n. 54 del 2006 ha modificato la disciplina sull'affidamento, novellando l'art. 155.c.c., prevedendo il diritto dei figli minori a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e allo stesso tempo prevede anche la possibilità che quest'ultimi preservino un significativo rapporto con gli ascendenti⁸³, e per attuare tale principio prevede che quest'ultimi siano affidati ad entrambi i genitori, salvo una diversa valutazione del giudice, capovolgendo così la regola previgente che sanciva la preferenza per un affidamento in capo a uno solo dei coniugi, prevedendo per il coniuge non affidatario solamente il diritto di visita.

La nuova normativa utilizza una differente terminologia rispetto alla legge sul divorzio che dopo la riforma del 1987 aveva previsto la disciplina dell'affidamento congiunto e alternato, peraltro scarsamente utilizzato; con la legge del 2006 viene così introdotto l' "affidamento condiviso", il quale rimanda ad un'idea di compartecipazione dei genitori alla cura e allo sviluppo del figlio, un'idea di divisione dei diritti e dei doveri che ciascun genitore ha nei confronti della prole, ed è questa la differenza che è stata delineata rispetto a un affidamento congiunto ovvero "a mani unite".

I genitori quindi anche se in maniera individuale e separata dovrebbero provvedere insieme alla crescita del figlio, il giudice deve valutare la situazione e prendere i relativi provvedimenti affinché si realizzi questo progetto comune di affido, non si tratta quindi di decidere semplicemente a quale dei due genitori il minore dovrebbe essere collocato principalmente, come infatti prevedeva la normativa vigente introdotta con la riforma del diritto di famiglia del 1975, ma deve essere delineato un provvedimento comprendente una modalità di divisione dei vari compiti che tenga conto del preminente interesse del minore e che sia potenzialmente idoneo ad assicurare lo sviluppo psicofisico del soggetto ed a realizzare quell'ampio progetto che si riassume nell'espressione richiamata dalla dottrina come obbligo di "cura" e infine il giudice deve prendere atto, nel caso vi siano degli accordi presi dai genitori.

Era discusso peraltro se gli ex coniugi potessero decidere per optare sin dall'inizio per la modalità di affidamento separato, ma questo orientamento era stato disatteso poiché non rispondente alla ratio

⁸³ Il principio viene richiamato dall'art. 9, terzo comma, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con l.25.5.1991 n.176) e l'art. 24, terzo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata a Nizza il 7.12.2000)

sottostante della previsione legislativa, ovvero che solo in presenza di comprovate ragioni che potessero pregiudicare l'interesse del minore l'affidamento non poteva essere emesso a favore di entrambi i genitori e si doveva tornare quindi ad un affidamento esclusivo.

L'art. 155.bis prevedendo che ciascuno dei genitori possa in qualunque momento chiedere l'affidamento esclusivo, attribuisce alla parte la facoltà di domandare che venga predisposta tale modalità di affidamento in qualunque momento del giudizio senza intercorrere in alcuna preclusione. La novella cercando di dissuadere i genitori dal chiedere l'affidamento esclusivo, prevede che nel caso la domanda venga rigettata in quanto manifestamente infondata, su istanza di parte si possa applicare la disciplina della responsabilità aggravata ex art. 96.c.p.c, e che il comportamento del genitore richiedente tale domanda venga valutato ai fini dell'emanazione dei provvedimenti riguardanti i figli minori.

Bisogna evidenziare il fatto che la presente legge in esame nulla dispone riguardo alla disciplina da applicare all'affidamento esclusivo, l'art. 155, terzo comma, c.c. prevede che l'esercizio della potestà sia esercitata da entrambi i genitori, non viene più previsto, come nella previgente normativa, che l'esercizio della potestà spetti solo al genitore affidatario, attribuendo di conseguenza al genitore non affidatario solamente un controllo sull'operato e la facoltà di adire il giudice nel caso vi fossero delle situazioni pregiudizievoli.

La disposizione in esame non brilla per chiarezza poiché sancisce che “la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”.

Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente”.

La formulazione riportata richiama i principi enucleati all'art. 147.c.c e all'art. 30.Cost., ma non era stata enucleata in maniera chiara in relazione al fatto se i genitori dovessero rivolgersi al giudice per poter prendere le decisioni separatamente in caso di ordinaria amministrazione, oppure si configurava una potestà ad esercizio comune solo per le decisioni di maggiore interesse per il figlio, lasciando la scelta individuale in capo ai genitori nei casi ricomprendenti l'ordinaria amministrazione. Analizzando la disposizione nel suo complesso, l'opinione che propende per un esercizio della potestà congiunta in caso di decisioni riguardanti l'ordinaria amministrazione è quella che più realizza una corrispondenza con il dato normativo, poiché la ratio sottostante all'affidamento condiviso

concepisce un operato dei genitori che li vede allo stesso tempo separati ma uniti insieme nelle decisioni attinenti al figlio, ed è proprio questo che realizza il diritto alla bigenitorialità.

In quest'ottica di riforma acquista preminenza l'obbligo di "cura" ovvero una formula riassuntiva dell'obbligo di mantenimento, educazione, istruzione, in cui acquista un rilievo centrale ed essenziale la cura dei genitori verso il figlio che pur se separati, cooperano insieme per la realizzazione di suddetto dovere.

L'esercizio della potestà è esercitata quindi da entrambi i genitori, sia per le decisioni rientranti nell'ordinaria amministrazione che quelli rientranti nella straordinarietà, essendo pacifico che la suddetta disposizione si applica sia all'affidamento condiviso che a quello esclusivo, essendo stata abrogata la regola previgente che prevedeva l'esercizio della potestà solo in capo al coniuge affidatario, alcuni dubbi sono sorti in relazione all'interpretazione riportata precedentemente, se quindi per l'affidamento condiviso è un dato confermato che i genitori si devono rivolgere al giudice per poter prendere separatamente le decisioni in caso di ordinaria amministrazione, tale regola non può essere applicata all'affidamento esclusivo dove non può essere realizzato quella comune ripartizione in sede di diritti e doveri propria dell'affidamento condiviso.

Nel silenzio della normativa in ordine alle modalità di svolgimento dell'affidamento esclusivo, essendo però pacificamente confermato che l'esercizio della potestà spetti ad entrambi i coniugi, in caso di dissenso tra i coniugi sia in presenza di affidamento condiviso che di quello esclusivo si ricorrerà all'applicazione dell'art. 155, terzo comma. c.c. prevedendo l'intervento del giudice.

L'art. 155, quinto comma. c.c. dispone il principio per cui "salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito". La disposizione in esame si riferisce agli accordi in forma privata sottoscritti dalle parti nell'udienza presidenziale o davanti l'istruttore che sono rimessi alla libera discrezionalità del giudice che può prescindere da essi se quest'ultimi sono contrari all'interesse del minore o anche all'ordine pubblico, non specificamente richiamato dalla norma, ma richiamabile per analogia con gli accordi presi dai coniugi in sede di separazione consensuale, i quali possono essere rigettati dal giudice se contrari all'interesse del minore ma anche quando quest'ultimo riscontri che siano contrari all'ordine pubblico.

L'interesse preminente del minore può infrangere il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato attribuendo la facoltà in capo al giudice di prescindere dagli accordi presi dai genitori. Un'altra questione dibattuta attiene al fatto se i coniugi in sede di accordi potessero liberamente sottrarsi al principio per ciascun genitore debba adempiere all'obbligo di mantenimento in

proporzione al reddito percepito, ma tale impostazione contrasterebbe con la ratio sottostante alla normativa, perché si dovrebbe prevedere tale principio se poi fosse concesso alle parti di poter liberamente sottrarsi a tale enunciato? In attuazione del principio di uguaglianza e di parità tra i coniugi, l'interpretazione più aderente al dato normativo è quella che ritenga che ai coniugi sia rimessa la libera pattuizione in ordine alle modalità con cui poter adempiere all'obbligo suddetto. L'art. 155.c.c., inoltre prevede dei criteri legali, per stabilire la misura e il modo ai fini dell'adempimento dell'obbligo di mantenimento, se i coniugi non presentano degli accordi o questi siano rigettati per contrarietà all'interesse dei minori.

La normativa ha introdotto un'altra novità ovvero l'art. 155-sexies c.c. che recepisce i principi espressi dalle convenzioni internazionali, prevedendo l'obbligo di audizione del minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche del minore di età inferiore se capace di discernimento.

L'introduzione di questa norma peraltro aveva suscitato numerose perplessità, si era discusso se nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, l'audizione del minore dovesse avvenire solamente nella fase contenziosa o potesse avvenire anche durante la fase presidenziale dei suddetti procedimenti, attenendosi al dato letterale della norma e al principio ad essa sotteso ovvero quello di valutare quale sia la soluzione migliore per garantire l'interesse morale e materiale dei figli minori, nulla osterebbe a procedere all'audizione di quest'ultimi già nella fase presidenziale.

Un'altra questione atteneva al fatto se questa nuova disposizione prevedesse un obbligo all'audizione del minore in ogni caso, stando al dato letterale non sorgerebbero dubbi, ma era stato messo in evidenza la possibilità che i genitori ritenessero che non fosse necessario provvedere essendo già stati presi dei provvedimenti concernenti l'interesse della prole.

La normativa è peraltro carente sulle modalità attraverso le quali dovrebbe svolgersi l'audizione del minore, anche se è stata sviluppata una prassi all'interno degli organi giudiziari dove viene previsto che l'audizione avvenga alla presenza dei difensori dei genitori, sarebbe stato più opportuno un intervento legislativo più dettagliato al riguardo.

La legge del 2006 ha peraltro modificato l'art 708.c.p.c., ed ha introdotto un nuovo articolo nel codice di procedura civile, l'art. 709-ter.c.p.c., una disposizione che sin da subito ha creato alcuni dubbi, poiché prevedendo <<per le soluzioni delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'art. 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni.

In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore". Una prima riflessione sulla norma riguarda il fatto che appare alquanto discutibile il fatto che tali procedimenti competano unicamente al tribunale ordinario, essendo il tribunale per i minorenni il giudice competente in ordine all'emanazione dei provvedimenti ablativi o limitativi della potestà, non si vede il perché quest'ultimo non possa ricorrere alle sanzioni enunciate al suddetto articolo.

La problematica dell'art.4, secondo comma della legge n. 54 del 2006

L'art. 317-bis.c.c come visto precedentemente era stato da sempre interpretato come l'unica norma giuridica disciplinante il rapporto giuridico dell'esercizio della potestà tra genitori e figli naturali, attribuendo così rilevanza giuridica alla convivenza more uxorio.

La legge n. 54 del 2006 ha previsto all'art. 4 che << le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati>>.

La disposizione suscitò parecchie perplessità e problematiche, poiché l'art. 317-bis.c.c. che disciplina l'esercizio della potestà prevede che la potestà spetti al genitore con il quale convive il figlio, se i genitori sono conviventi la potestà spetta ad entrambi (e prevede nel caso l'applicazione dell'art. 316.c.c), se il figlio infine non convive con nessuno dei due genitori, la potestà spetta al genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento.

La disposizione ex. art. 317-bis.c.c, come esaminata precedentemente, fonda la sua applicazione sul riconoscimento, il quale una volta effettuato dal genitore, in base al principio espresso dall'art. 261.c.c, che attribuisce in capo al genitore tutti i diritti e i doveri che egli avrebbe nei confronti di un figlio legittimo; inoltre la disposizione di cui all'art. 317-bis menziona il requisito della convivenza come elemento necessario per l'esercizio della potestà.

Intervenuta quindi la legge n. 54 del 2006 si sosteneva che tale novella avesse abrogato implicitamente la disciplina ex. art. 317-bis.c.c, poiché se alla famiglia di fatto veniva esteso il principio del novellato art. 155, terzo comma c.c. che prevedendo che la potestà sia esercitata da entrambi i coniugi, non doveva più ritenersi applicabile il principio di cui all'art. 317-bis che

prevedeva il necessario requisito della convivenza. I genitori naturali pur se non più conviventi continuerebbero ad avere l'esercizio della potestà in comune.

All'art. 4 della legge 54/2006 sono state date varie interpretazioni dalla dottrina, ma l'indirizzo dottrinale maggioritario sosteneva che l'estensione della novellata disciplina ai figli naturali riguardava solamente le norme sostanziali, non potendo operare tale analogia con le relative norme processuali, poiché non è stata creata una disciplina uniforme e chiara che modificasse le differenti competenze in capo al tribunale per i minorenni e al giudice ordinario.

L'enunciato all'art. 4 della legge sull'affidamento condiviso, il quale dispone che le disposizioni della citata legge si applicano “anche ai procedimenti dei figli non coniugati” era stato interpretato nel senso che i “procedimenti” enunciati dalla normativa non erano stati richiamati per modificarne la competenza o le procedure utilizzate ma per estendere l'ambito dei principi introdotti dalle novellate norme sostanziali anche a quei procedimenti riguardanti i figli naturali.

L'art. 317-bis.c.c., era l'unica norma all'interno del codice civile riguardante il procedimento applicabile alla prole naturale, ed esaminando il contenuto della seguente regola, nella parte in cui dispone che “il giudice può disporre nell'esclusivo interesse del figlio”, una parte della dottrina dava credito alla tesi per cui il giudice minorile poteva disporre anche i provvedimenti a contenuto patrimoniale a favore dei minori, ma quest'impostazione non era mai stata seguita dalla prassi dei tribunali specializzati, i quali si dichiaravano incompetenti, rimettendo la questione al giudice ordinario.

Con l'entrata in vigore della legge 54 del 2006 le nuove norme introdotte esplicitano chiaramente il principio per cui il giudice deve poter avere la cognizione piena su ogni questione inerente ai minori, dal dettato normativo è chiaro che le decisioni relative all'affidamento non possono essere separate dalle altre decisioni riguardanti la tutela dei minori, l'art. 155.c.c. infatti enuncia che “il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa ... determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli ...”.

L'art. 155, secondo comma. c.c. prevede quindi che il giudice disponga la situazione complessiva del rapporto tra genitori e figli in ogni aspetto. Seguendo quest'impostazione visto che l'art. 4 della suddetta legge estende tali principi anche ai procedimenti riguardanti i figli naturali, si dovrebbe ipotizzare una competenza simile anche in capo al tribunale specializzato che potrebbe provvedere

alla stregua del giudice ordinario per i figli legittimi, all'emanazione di ogni provvedimento riguardante ogni aspetto della prole naturale.

Un tale indirizzo è stato più volte negato dalla Cassazione prima della novella del 2006 in vari precedenti e la prassi dei vari tribunali per i minorenni ha continuato ad aderire all'impostazione per cui il tribunale ordinario rimane competente per i provvedimenti a contenuto patrimoniale lasciando così ancora una volta le competenze differenziate e causando notevoli disordini e incertezze in ordine alla designazione del giudice competente per i figli naturali.

Nonostante l'intento del legislatore di parificare il più possibile la disciplina dei figli naturali a quella dei figli legittimi, in base al disposto dell'art. 30. Cost, si può affermare che tale intervento è riuscito per quanto riguarda la disciplina sostanziale ma a livello processuale la disparità di trattamento continua tutt'ora a sussistere. La Corte Costituzionale venne adita ben due volte in ordine alla legittimità costituzionale degli artt. 317-bis e 38 disp. att. c.c. ma ne aveva sempre dichiarato l'infondatezza.

L'ordinanza della Corte di Cassazione 3 aprile 2007, n. 8362 in ordine a quale sia l'organo competente a conoscere dei procedimenti di affidamento e di mantenimento dei figli naturali. Un ulteriore contributo al frazionamento delle competenze nell'ambito della giustizia minorile?

La legge 8 febbraio 2006, n. 54 all'art. 4 prevede che le disposizioni della presente legge si applicano anche ai procedimenti dei figli non coniugati. L'applicazione della disposizione creava numerosi problemi, poiché la novella del 2006 non aveva specificamente abrogato l'art. 317-bis c.c. e nulla disponeva neanche in riferimento all'art. 38 disp. att. c.c. in merito al riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni.

Una parte della dottrina sosteneva che anche ritenendo in parte abrogato l'art. 317-bis c.c., non si poteva estendere tale osservazione all'art. 38 disp. att. c.c. e di conseguenza ritenere anche quest'ultimo implicitamente abrogato poiché secondo l'orientamento consolidato della Suprema Corte <<l'incompatibilità tra le nuove disposizioni di legge e quelle precedenti che costituisce una delle due ipotesi di abrogazione tacita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, si verifica soltanto quando tra le

norme considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dall'applicazione ed osservanza della nuova legge non possono non derivarne la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra>>, ma in base al disposto dell'art. 4 della suddetta novella si poteva ritenere che al tribunale per i minorenni fosse attribuita una competenza generale in ordine a ogni questione sia di natura patrimoniale che di naturale personale concernente la tutela dei diritti dei figli naturali, in base al fatto che era possibile estendere il principio all'art. 155.c.c che prevede per il giudice della separazione e il divorzio la facoltà di adottare ogni provvedimento inerente alla tutela della prole legittima.

Alcune giurisdizioni minorili invece non ritenevano fondata tale impostazione dottrinale e continuavano a dichiararsi incompetenti, rimettendo la competenza a favore del tribunale ordinario. Il tribunale per i minorenni di Milano⁸⁴ in una pronuncia sosteneva che con l'entrata in vigore della novella del 2006 la tutela apprestata ai figli legittimi si estendeva anche a livello processuale ai figli naturali, essendo stato abrogato implicitamente l'art. 317-bis.c.c (essendo incompatibile con il novellato enunciato all'art. 155.c.c), il giudice in merito alle questioni inerenti i figli naturali doveva applicare gli artt. 155.ss.c.c. Il giudice non può più << disporre diversamente>> in base a una valutazione puramente discrezionale fondata su un generico riferimento all'interesse del figlio, ma deve attenersi alla più completa disciplina dell'art. 155.c.c..

Secondo il tribunale minorile la disciplina richiamata all'art. 155.c.c si basa sul principio della concentrazione in capo ad un unico giudice di ogni controversia inerente alla tutela della prole, sia legittima che naturale.

Il problema riguardava l'individuazione dell'organo giudiziario competente, poiché chi propendeva per la competenza del tribunale per i minorenni, come ad esempio in un sentenza del tribunale ordinario di Milano⁸⁵, il quale sosteneva che non essendo stato abrogato implicitamente l'art. 38.disp.att.c.c , il tribunale per i minorenni rimaneva l'organo competente adibito a dirimere le controversie inerenti i figli naturali utilizzando così il rito camerale previsto dalla disposizione di attuazione del codice civile che è incompatibile con il rito ordinario previsto per i procedimenti della suddetta legge e interpretava di conseguenza il disposto dell'art. 4 della novella del 2006 << ai procedimenti dei figli non coniugati>> intendendo che se il legislatore avesse voluto attribuire al

⁸⁴ (Trib. min. Milano 12 maggio 2006, Foro.it; 2006, I, 2204, con osservazioni di CASABURI, in Guida al dir., 2006, fasc. 32, 68, con osservazioni di DOSI, in Dir.e giustizia, 2006, fasc. 23, 43, con osservazioni di BRIZIARELLI, in Nuova giur.civ., 2007, I, 660 con osservazioni di CATALOZZI)

⁸⁵ (Trib. Milano, 28 Giugno 2006 in Guida al dir., 2006, fasc. 32, 74, n. DOSI)

giudice ordinario la suddetta competenza avrebbe utilizzato una differente terminologia, non avrebbe quindi utilizzato il termine <<procedimenti>> riferendosi in questo caso ai procedimenti già esistenti ovvero quelli disciplinati agli artt. 317-bis e 336.c.c attribuiti secondo la norma di riparto delle competenze all'art. 38.disp.att.c.c al tribunale per i minorenni, ma avrebbe utilizzato la terminologia << applicabili anche ai figli dei genitori non coniugati >> se avesse avuto l'intenzione di attribuire la suddetta competenza in capo al giudice ordinario.

In questa statuizione il tribunale di Milano si discostava dall'interpretazione⁸⁶ che attribuiva in capo al tribunale specializzato sia le controversie di natura personale che quelle di natura patrimoniale, rimanendo in capo al giudice ordinario le questioni inerenti al contributo di mantenimento del figlio naturale.

Il tribunale per i minorenni di Milano nella pronuncia in esame non aderiva a tale tesi sostenendo che la novella del 2006 introduce sei nuovi procedimenti e non tutti riguardano le situazioni inerenti all'affidamento e al mantenimento della prole e, l'art. 4 della suddetta legge secondo il tribunale minorile si riferiva a tutti i procedimenti disciplinati dalla nuova normativa, e quest'ultimi predisponendo l'applicabilità del rito ordinario, negavano la competenza del tribunale minorile che utilizzava una procedura incompatibile con rito ordinario.

In questo caso non si potrebbe estendere il ragionamento della Corte di Cassazione in relazione all'art. 269.c.c, poiché non si tratterebbe di adeguare i principi del rito ordinario al processo camerale ma di utilizzare direttamente il rito ordinario innanzi al tribunale specializzato che per la peculiarità della sua composizione interna, il ricorso a particolari strumento come l'intervento dell'assistenza sociale e le specifiche garanzie attuate per assistere il minore nel corso del giudizio, rendono impraticabile l'utilizzazione del rito ordinario. Le nuove norme processuali introdotte e in particolare l'art.708, quarto comma, c.p.c. che prevede la reclamabilità dell'ordinanza presidenziale innanzi alla Corte d'appello, non possono essere applicate in un giudizio a rito camerale dove non sono neanche previsti certi strumenti processuali.

La Corte di Cassazione con l'ordinanza 3 Aprile n. 8362⁸⁷ venne adita con il regolamento d'ufficio richiesto dal Tribunale per i minorenni di Milano, a pronunciarsi sulla dibattuta pronuncia in merito

⁸⁶ (Trib. Monza, 11 ottobre 2006 in Foro.it., 2007, I, 321; in Nuova giur.civ., 2007, I, 669 con osservazioni di MURGO)

⁸⁷ (Cass.civ., sez. I, 3 Aprile 2007, n. 8362 in Foro.it., 2007,I,2049, con osservazioni di CASABURI,CIVININI,DEMARZO; in Famiglia e dir., 2007, 446, con osservazioni di TOMMASEO; in Famiglia e dir., 2007, 889 con osservazioni di MARINO; in Famiglia, persone e successioni, 2007, 509 con osservazioni di DANOVI; in Corriere giur., 2007, 945, con osservazioni di SALVANESCHI, BALESTRA; in Guida al dir., 2007, fasc. 5, 15 con osservazioni di SPINA, PALADINO; in Giur.it.,2007, 2800; in Dir. Famiglia, 2007, 1168, in Dir. fam., 2007, 1627 con osservazioni di GRAZIOSI, LOMBARDO.

all'individuazione del giudice competente per le controversie riguardanti i figli naturali, in ordine quindi all'ambito applicativo dell'art. 4 della legge 54/2006.

La Corte di Cassazione richiamando la pronuncia della Corte Costituzionale 30 dicembre 1997, n.451., in merito alla differenza strutturale tra il rapporto di coniugio e la convivenza more uxorio con la conseguente impossibilità di estendere alla famiglia di fatto la disciplina della separazione della famiglia legittima, ribadiva il principio per cui la convivenza more uxorio non necessiterebbe di un intervento del giudice, essendo una convivenza che si può sciogliere liberamente in qualsiasi momento, di conseguenza alcune norme introdotte con la novella del 2006 non potrebbero estendersi alla famiglia di fatto per una impossibilità derivante dalla natura del rapporto more uxorio.

La Corte quindi sostenendo che esiste una differenza ontologica tra le due tipologie di unioni, la scelta di un giudice diverso e di conseguenza l'applicazione di un rito diverso tra famiglia legittima e famiglia di fatto si giustifica perché la convivenza more uxorio non dovendo chiedere l'intervento del giudice per porre fine alla convivenza, ricorreva a quest'ultimo solo per dirimere le controversie inerenti il figlio riconosciuto, di conseguenza quest'ultime questioni sorgevano in un momento diverso rispetto a quello della famiglia legittima, il cui giudice adito, nell'ambito del giudizio di separazione e di divorzio, può avere la cognizione piena ed esauriente di tutte le vicende familiari.

L'assunto per cui il criterio discriminante della diversa tutela tra figli legittimi e naturali risiede nella presenza o meno del vincolo matrimoniale è di nuovo riproposta seppure in forma diversa ma la sostanza del ragionamento è sempre la stessa, mancando un giudizio di separazione e di divorzio manca la situazione per cui si può proporre tutte le questioni dinanzi allo stesso giudice. Inoltre la Corte non condivideva l'orientamento dottrinale che riteneva tacitamente abrogato l'art. 317-bis.c.c.⁸⁸ e di conseguenza l'art. 38.disp.att.c.c, poiché secondo il ragionamento della Corte la legge n.54/2006 non avrebbe comportato l'abrogazione tacita dell'art. 317-bis ma ne aveva semplicemente ampliato i contenuti⁸⁹, prevedendo che il principio della realizzazione della bi-genitorialità enunciato all'art. 155.c.c si estendesse anche alla famiglia di fatto.

⁸⁸ GRAZIOSI, Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli, in Dir. Famiglia, 2006, 1865

⁸⁹ Cit. Cass. 3 Aprile 2007, n. 8362 "una volta che gli artt. 155.ss.c.c. concorrono a plasmare l'art. 317-bis.c.c., quest'ultima disposizione si arricchisce di nuovi contenuti: non solo dei nuovi principi sulla bigenitorialità, sull'esercizio della potestà genitoriale e sull'affidamento, ma anche della regola di inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali dell'affidamento. Il giudice specializzato è chiamato, nell'interesse del figlio, ad esprimere una cognizione globale, estesa alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione, e, quindi investente i profili patrimoniali dell'affidamento."

L'art. 4 della novella legge del 2006 nella parte in cui statuisce il principio per cui le disposizioni della suddetta legge si estendono anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori coniugati, intendeva secondo il parere della Corte, riferirsi ai procedimenti già esistenti, ovvero i provvedimenti emessi ex art. 317-bis.c.c.di competenza del tribunale per i minorenni.

La Corte quindi partendo dall'assunto che l'art. 4 della suddetta legge estende la normativa sostanziale alla filiazione naturale ed essendo quindi applicabili il principio per cui all'art. 155.c.c il giudice deve avere una cognizione complessiva di tutta la vicenda, sosteneva che il tribunale per i minorenni diveniva competente di tutte le questioni inerenti la prole naturali, essendo ampliato il contenuto precettivo dell'art. 317-bis.c.c.

Alcuni autori avevano obiettato all' argomentazione sostenuta dalla Corte secondo la quale la terminologia <<procedimenti>> doveva essere riferita ai procedimenti esistenti, sostenendo che non esisteva un procedimento ex art. 317-bis.c.c, ma bensì un provvedimento che in base all'art. 38.disp.att.c.c rientrava nella competenza del tribunale per i minorenni, poiché nel nostro ordinamento non vigeva alcuna norma esplicitamente riferita al procedimento da utilizzare per i figli naturali, ma solo le norme ex art. 317-bis e 336.c.c che in seguito a un'interpretazione giurisprudenziale erano state definite i "procedimenti" applicabili alla prole naturale, ma da sempre mancava nell'ordinamento un'organica e sistematica disciplina che raccordi e disponga definitivamente ogni questione.

La Corte di Cassazione con l'ordinanza in esame aveva attribuito la competenza unitaria in capo al tribunale specializzato sia dei provvedimenti riguardanti l'affidamento che quelli inerenti al contributo di mantenimento dei figli naturali, precisando però che la concentrazione delle tutele si poteva avere solamente se la domanda di mantenimento era presentata contestualmente a quella concernente la richiesta di affidamento, nel caso in cui la domande di mantenimento fosse stata presentata autonomamente, la competenza sarebbe spettata nuovamente al tribunale ordinario.

L'ordinanza della Corte di Cassazione è stata criticata in più punti, molti autori ritenevano che appariva una contraddizione affermare la parità di trattamento dei figli naturali nei confronti dei figli legittimi sia sostanziale che processuale per poi sostenere una diversificazione di competenze, sia pure concentrata, in capo a due organi giudiziari diversi⁹⁰.

⁹⁰ Ad esempio G. Casaburi in Foro.it.,2007,I,2049 nota a Cass. civ., sez. I, 3 Aprile 2007, n.8362

La Corte Costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art 4 comma 2 della l. n 54 del 2006

L'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza 3 Aprile 2007, n. 8362, in merito al riparto di competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni non aveva risolto definitivamente la questione che si protrae oramai da troppo tempo in merito. L'introduzione della legge 8 febbraio 2006, n. 54 aveva comportato la parificazione dei diritti dei figli naturali rispetto a quelli dei figli legittimi, ma solo sul piano della tutela sostanziale, poiché era mancata in questa riforma una specifica disciplina in ordine alle norme processuali da applicare alla prole naturale, non potendo estendere la portata applicativa dell'art. 4 della suddetta legge alle norme processuali specificamente riservate ai procedimenti di separazione e di divorzio alle controversie riguardanti i figli naturali, la cui competenza rimaneva ancora una volta attribuita in capo al giudice minorile che utilizzava il rito camerale in base all'art. 38 disp. att. c.c.

La Corte di Cassazione con l'ordinanza richiamata aveva disatteso quelle opinioni che ritenevano abrogata la disciplina ex art. 317-bis c.c., comportando così che tale articolo non rientrasse più nell'elenco tassativo dell'art. 38 disp. att. c.c., sottraendo di conseguenza la competenza al tribunale minorile delle controversie riguardanti i figli naturali.

Secondo quest'impostazione la disciplina dell'art. 317-bis c.c. si poteva ritenere inapplicabile poiché incompatibile con la nuova disciplina introdotta dal novellato ex art. 155 c.c., in materia di potestà parentale.

La Cassazione aveva obiettato a tale impostazione dottrinale ritenendo ancora in vigore l'art. 317-bis c.c. che con la novella del 2006 si arricchiva di contenuti, rimanendo ancora il riferimento normativo della disciplina della potestà dei genitori di figli naturali, e che i novellati principi in materia di affidamento condiviso e di potestà genitoriale si potevano pacificamente estendere alla famiglia di fatto ma non si poteva attribuire tale competenza al giudice ordinario mancando il procedimento di separazione e di divorzio, poiché solo in questa sede il giudice ordinario aveva la cognizione di tutte le controversie inerenti alla famiglia legittima e quindi anche delle questioni inerenti all'affidamento e al mantenimento della prole legittima, mancando questo procedimento nella famiglia di fatto non si poteva estendere la medesima tutela processuale dei figli legittimi ai figli nati al di fuori del matrimonio.

L'orientamento della Cassazione seppure degno di apprezzamento perché aveva cercato di concentrare la tutela dei figli naturali in capo ad un unico organo giudiziario, ovvero il tribunale per i minorenni, ritenuto competente sia delle questioni di natura personale che di natura patrimoniale, non era stato condiviso da una parte della dottrina che riteneva più opportuno concentrare la tutela dei minori al giudice ordinario e utilizzare così anche per i figli naturali il rito ordinario e non il rito camerale ritenuto lesivo del diritto di difesa delle parti.

La giurisprudenza di merito d'altronde non accoglieva l'interpretazione data dalla Cassazione e affermava la competenza del tribunale ordinario in ordine all'emanazione dei provvedimenti concernenti l'obbligo di mantenimento del figlio naturale.

La Corte Costituzionale⁹¹ venne adita della questione di legittimità dell'art. 4, secondo comma della legge 8 febbraio 2006, n. 54, dalla Corte di Appello di Lecce con l'ordinanza del 22 dicembre 2008 nella quale veniva ribadita nuovamente l'illegittimità costituzionale della normativa in materia di separazione e di affidamento condiviso poiché secondo il giudice a quo la perdurante frammentazione di competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni contrastava con la ratio sottostante alla novella del 2006, ovvero la parità di trattamento dei figli naturali nei confronti dei figli legittimi.

La Corte d'appello sosteneva che il procedimento camerale innanzi al tribunale dei minorenni era meno garantistico rispetto al giudizio ordinario innanzi al tribunale ordinario, infatti veniva ricordato anche che i provvedimenti emessi dal tribunale specializzato non erano ricorribili in Cassazione poiché erano sempre soggetti a revoca o a modifica. Il giudice a quo rimetteva la questione alla Corte Costituzionale per violazione dell'art. 3.Cost poiché si era in presenza di situazioni identiche trattate diversamente nonché per violazione degli artt. 24 e 111.Cost per la differente tutela in ordine al rito utilizzabile, dove nel rito camerale il minore sarebbe in una posizione svantaggiata rispetto al figlio legittimo a cui viene garantito il procedimento ordinario.

La Corte Costituzionale dichiarava l'inammissibilità della questione per la mancanza di uno specifico petitum, non essendo chiaro l'intervento richiesto alla Corte, e perché il giudice a quo doveva svolgere un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni impugnate.

La Corte Costituzionale era stata adita anche precedentemente⁹² in ordine alla suddetta questione ma continuava a dichiarare l'inammissibilità della questione per mancanza di uno specifico petitum.

⁹¹ (Corte Cost.ord., 6 Novembre 2009, n. 286 in Famiglia e dir., 2010, 221, con osservazioni di Tommaseo; in Giur.costit., 2009, 4423; in Giust.civ., 2010, I,1311)

⁹² (Corte Cost., 30 maggio 2008, n. 185 in Giust.civ., 2008, 1092, Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 47)

L'intervento della Cassazione non era stato quindi sufficiente a dare un assetto definitivo alla questione che aveva portato a una situazione incerta e caotica presso gli organi giudiziari, con un notevole ritardo e protrarsi delle vicende minorili che necessitavano di interventi rapidi e decisi e non di continue pronunce di incompetenza e allungamento dei tempi processuali. Si richiedeva pertanto un intervento legislativo preciso e definitivo sulla questione in esame.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219 recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.

Sommario

Introduzione

- 1** La ripartizione della competenza civile tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni: la modifica dell'art 38 disp.att. c.c.
- 2** La nuova regola di competenza in relazione ai procedimenti de potestate.
- 3** La deroga a favore del tribunale ordinario opera in relazione ai procedimenti instaurati a norma dell'art. 317-bis.c.c.?
- 4** L'immediata efficacia esecutiva dei provvedimenti relativi ai minori e nuove garanzie patrimoniali.
- 5** La competenza in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale torna al tribunale ordinario
- 6** Il nuovo procedimento ex. art. 250, quarto comma c.c. in caso di opposizione del genitore che ha già effettuato il riconoscimento.
- 7** L'audizione del minore.
- 8** L'applicabilità dei provvedimenti d'urgenza ex. art. 700.c.p.c.
- 9** Riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni: La Corte di Cassazione aveva già precorso i tempi.
- 10** L'opportunità mancata di istituire una sezione specializzata per le controversie in ambito familiare.
- 11** La nuova normativa devolvendo gran parte delle competenze al tribunale ordinario ha contribuito a frammentare la tutela giudiziaria in ambito familiare?
- 12** Recenti disegni di legge.
- 13** Dottrina favorevole all'istituzione di una sezione specializzata per la famiglia.
- 14** Il rito camerale per i figli naturali una disparità di trattamento?
- 15** Alcune opinioni della dottrina.

Introduzione

Il codice civile del 1942 recepiva l'impostazione del codice napoleonico per cui vigeva una netta contrapposizione tra i figli generati all'interno del vincolo matrimoniale e i figli al contrario nati al di fuori di esso, l'aggettivo utilizzato "illegittimo" per la filiazione naturale rappresentava quella concezione preminente all'epoca per cui l'unico modello di famiglia tutelato dall'ordinamento era quella legittima e la tutela della filiazione si poteva esplicare solo all'interno di quell'ambito.

La filiazione legittima aveva una piena tutela poiché i figli nati all'interno del vincolo matrimoniale avevano diritto al mantenimento, all'istruzione, all'assistenza morale e materiale sia da parte dei genitori che dagli ascendenti, al contrario della filiazione considerata illegittima per la quale il riconoscimento aveva effetto solamente verso il genitore che aveva proceduto al tale atto e sul piano successorio era prevista per quest'ultimi una quota inferiore rispetto ai figli legittimi, i quali avevano diritto a una quota ereditaria indisponibile pari al doppio degli illegittimi.

Inoltre bisogna ricordare il divieto di riconoscimento dei figli incestuosi e di quelli adulterini, e il solo obbligo alimentare e l'assegno vitalizio in capo ai genitori nei confronti dei figli adulterini.

La riforma del 1975 del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975, n.151) aveva portato a una sostanziale equiparazione tra figli legittimi e figli naturali adeguando così l'impianto del codice civile al disposto costituzionale dell'art. 30. Cost., che sanciva il principio della piena equiparazione dei diritti-doveri dei genitori nei confronti dei figli a prescindere dal fatto che quest'ultimi siano stati definiti legittimi o naturali.

La riforma del diritto di famiglia aveva quindi sostituito la qualificazione "illegittima" con l'aggettivo "naturale", aveva modificato l'art. 269.c.c eliminando tutta quella serie di ipotesi tassative per cui si poteva chiedere il riconoscimento, sancendo così il principio per cui si può procedere liberamente all'accertamento della verità biologica con ogni mezzo di prova, ma nonostante la piena tutela giuridica a livello sostanziale, la riforma aveva lasciato ancora molteplici discriminazioni nei confronti della filiazione naturale, soprattutto sul piano della tutela processuale che vedeva ancora un ripartizione frammentata delle competenze tra tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni.

Il legislatore nel 2006 aveva cercato di ridurre tale differenziazione con l'emanazione della legge 8 febbraio 2006, n. 54, in tema di affidamento condiviso, introducendo il tanto discusso art. 4 che prevedendo l'applicabilità della nuova normativa anche ai procedimenti di figli di genitori non coniugati ha cercato di rendere omogenea e unitaria la disciplina in tema di filiazione naturale, ma purtroppo senza successo, poiché se è stato pacifico ritenere di poter estendere la nuova normativa

sostanziale alla filiazione legittima, non si può affermare la medesima conquista sul piano della tutela processuale, poiché la disciplina introdotta dalla legge 54/2006 è applicabile solo ai procedimenti di separazione e di divorzio, vista l'impossibilità di attrarre dalla competenza del tribunale per i minorenni l'art. 317-bis, l'unica norma applicabile alla prole naturale in sede di contrasto tra i genitori.

Dopo un lungo iter legislativo il Parlamento ha finalmente approvato una normativa in tema di equiparazione dei figli naturali la legge 10 dicembre 2012, n.219 intitolata "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali".

La normativa composta solamente da sei articoli ha cercato di adeguare il dettato normativo del codice civile all'evoluzione sociale, dove oramai il modello della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio assiste a un repentino declino e oltre a questo fattore determinante, non si poteva più continuare a dimenticare la grave lacuna nel nostro ordinamento riguardante la disciplina della filiazione naturale che oltre alla carenza di una uniforme e specifica normativa processuale, eccetto l'unico procedimento riferibile all'art. 317-bis.c.c, si doveva ogni volta dividere le controversie tra il tribunale per i minorenni competente in ordine all'affidamento della prole e il tribunale ordinario competente in ordine alle questioni patrimoniali, ritenuta da molti una grave disparità di trattamento, in confronto alla filiazione legittima che da sempre ha avuto una piena concentrazione di tutele innanzi al tribunale ordinario.

Con la riforma del diritto di famiglia del 1975 le innovazioni legislative apportate nei confronti della filiazione naturale erano state ritenute sufficienti e adeguate all'epoca, ma al giorno d'oggi erano diventate intollerabili visto l'evoluzione sociale ove la famiglia legittima viene sempre di più sormontata dalla famiglia di fatto.

La normativa 219/2012 ha apportato una serie di cambiamenti sia dal punto di vista sostanziale che processuale adeguando finalmente il sistema normativo del codice civile alle Convenzioni internazionali di New York del 1989 e di Strasburgo del 1996, entrambe ratificate dal nostro ordinamento.

La nuova normativa oltre a novellare una serie di disposizioni tra cui l'art. 38.disp.att.c.c, prevede una serie di criteri per delegare al governo l'emanazione di un decreto delegato allo scopo di uniformare la disciplina del codice civile e delle varie leggi settoriali alle nuove regole introdotte in tema di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità.

La novità più rilevante introdotta dalla normativa si rileva al settimo comma del primo articolo, il novellato art. 315.c.c, in base al quale enunciato "Tutti i figli hanno lo stesso lo stato giuridico",

inoltre all'undicesimo comma del primo articolo stabilisce che la terminologia "naturale" e "legittima" in ogni disposizione del codice deve essere sostituite dal termine "figli".

La novella del 2012 ha modificato la rubrica del titolo nono del libro primo del codice civile che è ora intitolato "Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri dei figli", introducendo al nuovo art. 315.c.c., il principio per cui non esiste alcuna distinzione nell'ambito della filiazione, tutti i figli hanno gli stessi diritti e doveri e non può avvenire una disparità di tutela in riferimento al rapporto giuridico esistente tra i genitori, si prevede infatti l'introduzione del nuovo art. 315-bis.c.c., dove viene enunciato il principio per cui oltre ai doveri nei confronti dei genitori, sono attribuiti ai figli i diritti inerenti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e all'assistenza, riprendendo similmente il principio espresso dall'art. 147.c.c.(il quale verrà eliminato in sede di attuazione del decreto delegato), prevedendo in aggiunta a quest'ultimo articolo citato, il diritto all'assistenza morale, introdotto nell'art. 155.c.c dalla legge del 2006 in riferimento alla filiazione legittima.

Il nuovo art. 315-bis c.c. disponendo che "il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", ha attribuito maggior rilievo alla personalità del figlio utilizzando il termine "rispetto" invece della terminologia utilizzata dall'art. 147.c.c, ovvero il "tener conto", anche se viene criticato⁹³ l'ordine dei diritti, poiché il diritto all'istruzione viene preceduto da quello all'educazione, invertendo così l'ordine previsto dall'art. 30.Cost.

Si è inoltre previsto giustamente come corollario per l'attuazione dell'unicità dello stato giuridico dei figli, l'abrogazione dell'istituto della legittimazione del figlio naturale.

Un'altra novità rilevante attiene alla modifica dell'art. 74.c.c, il quale prevede che << la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo>>, e a tale disposizione si collega la modifica dell'art. 258.c.c che prevede che << il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso>>.

Il previgente art. 258.c.c dichiarando che<<il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu fatto>>, impediva una piena equiparazione nell'ambito della parentela, poiché si riteneva in base a quest'enunciato che il rapporto di parentela poteva derivare unicamente dal matrimonio, il quale era fonte di certezza e di stabilità giuridica, al contrario della convivenza, e di conseguenza si negava anche la possibilità di ereditare tra fratelli naturali, mancando un rapporto di parentela civile tra quest'ultimi.

⁹³ (M.SEITA. L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari, in Fam.e dir. 2013,236)

Con la nuova formulazione dell'art. 74.c.c e dell'art. 258.c.c si è posto fine a queste inique disparità di trattamento, dichiarando che la parentela è un vincolo che si fonda unicamente sul rapporto di discendenza biologica e che quindi prescinde dal matrimonio.

Dal punto di vista della normativa sostanziale l'equiparazione tra figli legittimi e naturali è finalmente totale ma non si può dire lo stesso con riferimento alla tutela in sede processuale dove le differenziazioni continuano ad esistere.

La ripartizione della competenza civile tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni: la modifica dell'art 38.disp.att.c.c.

Il 30 giugno 2011⁹⁴ è stato approvato dalla Camera dei deputati il disegno di legge n. 2805, recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.

Il testo originariamente approvato dalla Camera prevedeva l'introduzione nel Titolo II del libro IV del codice di procedura civile, del capo I bis, rubricato "Dei procedimenti di affidamento dei figli di genitori non coniugati", di una nuova norma, ovvero l'art.711-bis.c.p.c, che avrebbe devoluto al tribunale per i minorenni tutte le controversie inerenti ai figli appartenenti alla famiglia di fatto. Questa modifica non fu approvata dal Senato che ha invece optato per una modifica dell'art. 38.disp.att.c.c, riducendo drasticamente le competenze del tribunale specializzato.

Il 16 maggio 2012 il Senato approvava il disegno di legge con alcune modifiche e veniva trasmesso alla Camera che lo approvò definitivamente il 27 novembre 2012.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219 pubblicata nella gazzetta ufficiale n. 293 del 17 settembre 2012 è entrata in vigore dal 1 gennaio 2013. L'art 3 della suddetta novella ha riformato l'art. 38.disp.att.c.c, che è stato il risultato di un iter processuale assai travagliato, poiché il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati era il risultato di un disegno di legge di iniziativa governativa⁹⁵ e varie proposte invece di iniziativa parlamentare, e solo una minima parte di loro conteneva delle norme di natura processuale.

⁹⁴(M.SEITA, I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disegualianza all'unicità dello status, in Fam.e.dir.,2012,962)

⁹⁵(Atto Camera 3195, presentato alle Camere il 29 novembre 2010, il quale non presentava alcuna norma che disciplinasse gli aspetti processuali)

Prima che il disegno di legge fosse approvato dalla Camera, al Senato veniva approvato un altro disegno di legge che era anch'esso il risultato di due diversi disegni di legge, in uno di questi veniva eliminato l'art.317-bis.c.c dall'art. 38.disp.att.c.c, mentre nell'altro veniva modificato l'art.

38.disp.att.c.c e veniva richiamato l'art. 710.c.p.c per l'adozione di provvedimenti in materia di affidamento e mantenimento dei figli minori, ma successivamente venne approvato un testo unificato in cui veniva riformulato l'art. 38.disp.att.c.c con la formulazione attuale.

Nel momento in cui la Camera approvò il disegno della legge originario della l. 219 del 2012 e la trasmise al Senato, quest'ultimo aveva già approvato un disegno di legge che al contrario devolveva al tribunale ordinario le controversie concernenti i figli naturali.

La legge 10 dicembre 2012, n.219 è stata infine rubricata "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", un titolo definito contraddittorio con il fine perseguito dalla norma, visto che una delle disposizioni introdotte ha eliminato la terminologia "figli naturali", quindi a parere di alcuni autori⁹⁶ sarebbe stato più opportuno rubricare la normativa in una maniera più congrua, ad esempio sarebbe stato meglio introdurre un titolo generico come "disposizioni in materia di filiazione".

L'art.3 della suddetta novella è il risultato del disegno di legge approvato dal Senato che è stato inserito nel testo approvato dalla Camera dei deputati.

L'art. 38.disp.att.c.c è rimasto intatto nell'impostazione originaria ovvero quest'ultimo individua il criterio di riparto delle competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni in base a un'elencazione tassativa dei provvedimenti di competenza del tribunale specializzato, determinando invece la competenza del giudice ordinario attraverso un criterio residuale << Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria>>.

L'evoluzione storica della ripartizione delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale minorile è assai lunga e travagliata, poiché i confini delle rispettive competenze erano state oggetto di innumerevoli pronunce da parte della Cassazione e dalle giurisdizioni inferiori.

Ripercorrendo brevemente il percorso giurisprudenziale e dottrinale in merito al riparto di competenze tra il giudice ordinario e il giudice minorile; fino agli anni 80 la Corte di Cassazione riteneva competente il tribunale minorile in ordine alla modifica dei provvedimenti di affidamento della prole a seguito di separazione o di divorzio dei genitori, successivamente con una serie di pronunce⁹⁷ mutava il proprio orientamento giurisprudenziale, stabilendo che i suddetti provvedimenti

⁹⁶ (vedi M.SEESTA, L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari, in Fam.e dir. 2013, 231)

⁹⁷(Cass.civ; 16 Febbraio 1982,n.961 in Foro.it; 1982,I,2260; in Giust.civ;1982,I,593; in Dir.Famiglia,1982,471,con osservazioni di DALL'ONGARO,ARRIVAS) (Cass.civ., 2 marzo 1983, n. 1552 in Foro.it., 1983, I, 896, con osservazioni di

rientravano nella competenza del tribunale ordinario, mentre il tribunale per i minorenni era competente ad emanare i provvedimenti di affidamento solo nel caso come causa della revisione fossero stati demandati i provvedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale ex. artt. 330 e 333.c.c.

La netta ripartizione operata dalla Corte di Cassazione, la cui statuizione aveva il fine di delimitare la competenza del tribunale minore in materia di affidamento dei figli minori al caso in cui venivano richiesti i provvedimenti de potestate, pertanto una volta demandati tali provvedimenti di conseguenza si poteva chiedere una modifica delle condizioni inerenti l'affidamento, non aveva ancora stabilito una differenziazione precisa tra i provvedimenti di affidamento e i provvedimenti concernenti la limitazione o la cessazione della potestà genitoriale.

L'interpretazione data dalla Suprema Corte era stata interpretata in maniera tale che si riteneva il tribunale per i minorenni competente ad emanare i provvedimenti inerenti l'affidamento della prole quando come causa petendi veniva adotta una condotta pregiudizievole dei genitori ai danni dei figli, e inoltre le varie giurisdizioni minorili ampliavano notevolmente il contenuto precettivo dell'art. 333.c.c, il quale attribuiva in capo al giudice il potere di adottare i provvedimenti più convenienti per tutelare l'interesse del figlio in presenza di una <<condotta pregiudizievole del genitore>>, facendovi rientrare come causa petendi ogni richiesta che adducesse un comportamento riprovevole e danneggiante l'interesse preminente della prole, rendendo così sempre più labile il confine tra le competenze dei due organi.

Con la riforma della legge n.54 del 2006 introducendo l'art. 4, il quale prevedendo che le disposizione della suddetta normativa <<si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati>> si contribuì ancora in maniera notevole alla frammentazione e all'incertezza in relazione alla ripartizione di competenza poiché non era pacifico che le disposizioni concernenti i procedimenti dei figli legittimi che si svolgevano con il rito ordinario innanzi al tribunale ordinario, si potessero applicare ai figli naturali, il cui procedimento ex. art. 317-bis.c.c era attribuito al tribunale per i minorenni.

La Corte di Cassazione⁹⁸ risolvette tale diatriba, statuendo che al tribunale minorile erano attribuite tutte le controversie sia di natura personale che patrimoniale relative all'affidamento e al

CIVININI)

⁹⁸ (Cass.civ., sez. I, 3 Aprile 2007, n. 8362 in Foro.it., 2007,I,2049, con osservazioni di CASABURI,CIVININI,DEMARZO, in Famiglia e dir., 2007, 446, con osservazioni di TOMMASEO, in Famiglia e dir., 2007, 889 con osservazioni di MARINO, in Famiglia,persone)

mantenimento dei figli naturali, cercando così di applicare il principio stabilito dall'art. 155.c.c, in cui si prevede la concentrazione delle tutele in capo allo stesso giudice ma se questo è avvenuto pacificamente per i figli legittimi, lo stesso ordine di tutele non si può ravvisare per i figli naturali, poiché l'applicazione dell'art. 148.c.c ostava a tale realizzazione, avendo previsto quest'ultimo articolo che i coniugi e gli ascendenti debbano adempiere al mantenimento del figlio in maniera proporzionale alle loro capacità economiche e professionali, e pertanto si utilizzava un procedimento di natura ingiuntiva attribuito alla competenza del tribunale ordinario.

La nuova formulazione dell'art. 38.disp.att.c.c riduce notevolmente le competenze del tribunale specializzato⁹⁹ << Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario. Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile>>.

⁹⁹ L'art. 3 della legge 219/2012<<il vecchio testo della norma è sostituito dal seguente: art.38. Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli artt. 84,90,330,332,333,334,335, e 371, ultimo comma del codice civile. Per i procedimenti di cui all'art. 333.c.c resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o di divorzio, o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile; in tale ipotesi, per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti delle disposizioni del primo periodo, spetta al giudice ordinario. Sono emessi dal tribunale ordinario: i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 e seguenti del codice di procedura civile. Fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il Tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il Pubblico ministero, ed i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Quando il provvedimento è emesso dal Tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla Sezione minorile della Corte d'appello. Il giudice a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, può imporre al genitore obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi suddetti. Per assicurare che siano conservate o soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui al periodo precedente, il giudice può disporre il sequestro dei beni dell'obbligato secondo quanto previsto dall'art. 8 settimo comma della legge 898/1970. Il giudice, può ordinare ai terzi tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, di versare le somme dovute direttamente agli aventi diritto, secondo quanto previsto dall'art. 8 secondo comma e seguenti della legge 898/ 1970. I provvedimenti definitivi costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 del codice civile.

Dal 1 gennaio 2013 la novella del 2012 ha finalmente introdotto la piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali anche sul piano della tutela processuale, ovvero attribuendo al giudice ordinario tutte le controversie sia di natura personale che materiale dei figli naturali.

La nuova normativa ha privilegiato così l'attribuzione di tutte le controversie sulla filiazione al giudice ordinario, ma ancora una volta ha lasciato al tribunale specializzato i provvedimenti ablativi o modificativi della potestà ex. artt.330 e 333. c.c., comportando così ancora una volta una frammentazione e un'alternanza tra i due organi giudiziari.

Al tribunale per i minorenni sono così rimaste oltre che i procedimenti ablativi o modificativi della potestà, la competenza in ordine all'art. 84.c.c (autorizzazione al matrimonio del minore sedicenne), art. 90.c.c (nomina del curatore speciale per la stipula delle convenzioni matrimoniali per il minore), art. 251.c.c (autorizzazione al riconoscimento dei figli incestuosi), artt. 334 e 335.c.c (cattiva amministrazione del patrimonio del minore da parte dei genitori) e l'art. 371.c.c (autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa da parte del minore incapace).

Il nuovo disposto dell'art. 38.disp.att.c.c non contempla più le disposizioni di cui agli art. 171.c.c (disciplina della cessazione del fondo patrimoniale in caso di minori), art.194, secondo comma c.c. (costituzione di usufrutto sui beni di un coniuge a favore dell'altro coniuge nell'interesse dei figli), art. 250.c.c. (procedimento riguardante il riconoscimento del figlio naturale in caso di opposizione del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento), art. 252.c.c. (inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima di uno dei genitori), art. 262.c.c (cognome del figlio naturale), art. 264.c.c (autorizzazione all'impugnazione del riconoscimento del figlio minore o interdetto), art. 269.c.c (dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale nel caso di minori), 316.c.c (provvedimenti del giudice in caso di contrasto tra genitori su questioni di particolare importanza per il figlio minore) e 317-bis c.c.(esercizio della potestà dei genitori di figli naturali), quindi in base all'enunciato del secondo comma i suddetti provvedimenti rientrano nella competenza del tribunale ordinario, ma è stato evidenziato che¹⁰⁰ vi è una grave lacuna nel non specificare il rito utilizzabile in ordine alla loro trattazione presso il tribunale ordinario, poiché in mancanza di una norma specifica il rito sarà certamente quello ordinario ex. art. 163.ss.c.p.c. ma se questo apporterà ovviamente una tutela più garantistica per i procedimenti ex. artt. 250 e 269.c.c., non si può dire lo stesso per i restanti procedimenti che appartengono a delle ipotesi di giurisdizione volontaria come ad esempio l'art.

¹⁰⁰ (vedi A.PROTO PISANI, Note sul nuovo art.38.disp.att.c.c. e sui problemi che esso determina, in Foro.it., 2013, V, 126)

316.c.c. concernente dei provvedimenti inerenti a questioni di notevole importanza per il figlio minore che necessitano di una procedura celere e sommaria.

Nel caso dei procedimenti ex. artt. 317-bis e 252.c.c. si potrebbe propendere per l'utilizzazione del rito camerale visto che l'art. 38, secondo comma disp. att. c.c. prevede che << nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile >> ma sarebbe stato più opportuno una disposizione specifica in relazione al rito utilizzabile nei provvedimenti eliminati dall'elencazione previgente.

Il secondo comma dell'art. 38 disp. att. c.c. prevede quindi che nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento deve essere applicato il rito camerale ex. art. 737.c.p.c., ancora una volta si assiste a una disparità di trattamento ingiustificabile, poiché non è chiaro se si possono estendere ai figli naturali i provvedimenti provvisori ex. art. 710, terzo comma c.p.c. e i provvedimenti presidenziali applicabili ai figli legittimi in sede di separazione e di divorzio, la questione interpretativa non è pacifica perché si potrebbe applicare in via analogica il disposto dell'art. 710, terzo comma c.p.c., visto la ratio fondante della legge, ovvero quella di assicurare una parificazione della disciplina sulla filiazione, oppure si potrebbe utilizzare il procedimento previsto dall'art. 336.c.c., il quale enunciato dispone che << In caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio. >>, ricomprendendo tra i "provvedimenti" previsti dal suddetto articolo anche quelli previsti dall'art. 317-bis.c.c.

La scelta di ridurre le competenze al tribunale per i minorenni è stata letta positivamente¹⁰¹ da alcuni autori, poiché la nuova formulazione riconduce all'attribuzione dell'organo specializzato solamente le controversie più gravi e allarmanti che influiscono potenzialmente sull'equilibrio psicofisico del minore, lasciando al tribunale ordinario le controversie inerenti all'affidamento e al mantenimento, e tutte quelle situazioni che non sono considerate gravi, ad esempio i provvedimenti ex. art. 316 e 317-bis.c.c., inerenti all'esercizio della potestà sono attribuiti alla competenza del tribunale ordinario ma quando si è in presenza una situazione che potrebbe danneggiare il minore ci si deve rivolgere al tribunale per i minorenni per un provvedimento ablativo o modificativo della competenza.

È degna di attenzione quella tesi per cui la ripartizione della competenza si fonda sulla distinzione tra situazioni "ordinarie" e situazioni viceversa patologiche, ma non sembra essere questa la ragione fondante per cui il legislatore abbia ripartito le suddette competenze, poiché non si spiega il motivo per cui il tribunale per i minorenni essendo competente solo in base a delle comprovate situazioni

¹⁰¹ ((G. FINOCCHIARO, Ridotte le competenze del tribunale per i minorenni., in Guida al diritto, 2013, n.5, 86))

patologiche dovrebbe cedere tale attribuzione di competenza solo in caso di pendenza del procedimento di separazione o di divorzio o del procedimento ex. art. 316.c.c.

Al tribunale ordinario sono quindi attribuite << i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria>>, rimanendo così l'impostazione originaria del previgente articolo, aggiungendo solamente all'enunciato la terminologia "in caso di minori".

La normativa non contempla la competenza in capo al giudice tutelare, anche se non si può proprio parlare di una competenza in senso tecnico, poiché a seguito dell'abrogazione delle preture, le funzioni del giudice tutelare sono svolte dal tribunale ordinario, quindi si tratterebbe solamente di una ripartizione di competenza all'interno del suddetto organo e non di una competenza per materia.

Nonostante ciò la novella ha tralasciato l'art. 45.disp.att.c.c.¹⁰² in riferimento alla competenza del tribunale per i minorenni in ordine al reclamo dei provvedimenti emessi dal giudice tutelare, lasciando così al suddetto organo specializzato la possibilità di statuire in sede di reclamo in ordine a dei provvedimenti emessi dal tribunale ordinario, seppure in veste di giudice tutelare.

La nuova regola di competenza in relazione ai provvedimenti de potestate

L'art. 38.disp.att.c.c fonda la sua ratio sulla parità di trattamento tra figli naturali e figli legittimi in ordine alla tutela processuale e al principio della concentrazione della suddetta tutela in capo al medesimo organo giudiziario che è stato individuato nel tribunale ordinario.

Il nuovo disposto dell'articolo 38.disp.att.c.c ora prevede una deroga di competenza a favore del tribunale ordinario competente a emanare i provvedimenti previsti dall'art. 333.c.c in caso di pendenza del giudizio di separazione o di divorzio o del procedimento ex. art. 316.c.c.

In relazione ai provvedimenti ablativi e limitativi della potestà ex. artt.330 e 333.c.c la diatriba giurisprudenziale e dottrina è stata assai travagliata nel corso degli anni in ordine all'individuazione di una linea differenziante delle competenze in capo ai due organi giudiziari.

Riassumendo brevemente le principali linee interpretative della questione; la Corte di Cassazione in un famoso precedente¹⁰³ aveva stabilito che i provvedimenti di revisione o di modifica delle

¹⁰² (evidenziato da TOMMASEO, la nuova legge sulla filiazione: i profili processuali, in Fam.e dir. 2013,253)

¹⁰³ (Cass.civ; 16 Febbraio 1982,n.961 in Foro.it; 1982,I,2260; in Giust.civ;1982,I,593; in Dir.Famiglia,1982,471,con osservazioni di DALL'ONGARO,ARRIVAS)

condizioni di affidamento dei figli emessi a seguito di un procedimento di separazione o di divorzio erano di competenza del tribunale ordinario, mentre il tribunale per i minorenni era competente in ordine alla revisione o alla modifica delle condizioni di affidamento se veniva richiesto l'emanazione dei provvedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale ex. art.330 e 333.c.c.

Il tribunale per i minorenni era competente in base al previgente art. 38.disp.att.c.c dei procedimenti ex.art.317-bis.c.c, riguardanti l'esercizio della potestà dei figli naturali, in relazione all'interpretazione per cui l'art. 316.c.c. era applicato solo alla famiglia legittima.

Il problema del riparto delle competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni concerneva l'attribuzione di competenza dei provvedimenti ex. art. 333.c.c in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio, (il disposto dell'art. 330.c.c non suscitava alcuna perplessità in relazione alla diversa fattispecie enucleata rispetto al disposto del previgente art. 155.c.c), poiché non appariva chiara la distinzione tra i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 155, terzo comma c.c., ovvero quando il genitore non affidatario poteva adire il giudice nell'ipotesi in cui avesse ritenuto che erano state assunte delle decisioni pregiudizievoli per i figli dal genitore affidatario, e i relativi provvedimenti ex. art. 333.c.c, emessi in caso di condotte pregiudizievoli del genitore.

Tenendo presente che le giurisdizioni minorili ampliavano il contenuto dell'art. 333.c.c e vi facevano rientrare qualsiasi comportamento riprovevole per il minore a prescindere anche da un comportamento colpevole del genitore, la distinzione si faceva sempre più labile.

La Corte di Cassazione aveva statuito che il criterio differenziatore dovesse essere cercato nella causa petendi e nel petitum, e quindi era necessario guardare il tipo di provvedimento richiesto dall'attore in giudizio e le ragioni giustificative della sua pretesa, quindi se veniva domandato un provvedimento ablativo o limitativo della potestà era competente il tribunale per i minorenni, se invece si domandava in ordine all'individuazione del genitore al quale sarebbero stati affidati i figli, la competenza era attribuita al tribunale ordinario.

Tale orientamento comportava però un'alternanza di competenze tra i due organi giudiziari e di conseguenza degli eccessivi prolungamenti dei giudizi con ulteriori ingenti oneri economici per le parti, in situazioni che invece necessitavano di decisioni celeri e immediate al fine di tutelare l'interesse preminente della prole.

Successivamente la Corte aveva ritenuto competente il tribunale ordinario in sede di separazione e di divorzio in ordine all'emanazione dei suddetti provvedimenti, argomentando dal presupposto che il comportamento pregiudizievole del genitore non poteva essere addotto come criterio per l'attribuzione della competenza in capo al tribunale per i minorenni, poiché il giudice ordinario

nell'ambito del procedimento di separazione e di divorzio poteva benissimo adottare i provvedimenti più opportuni per tutelare la prole e far cessare così la situazione deleteria a quest'ultimi.

Il problema di tale orientamento risiedeva nell'ipotesi in cui i provvedimenti ex. art. 333.c.c fossero stati richiesti dal pubblico ministero o dai parenti, che non potevano demandare l'adozione dei suddetti al tribunale ordinario.

Un'altra interpretazione muoveva dall'esame dell'art. 709ter.c.p.c., (attribuito alla competenza del tribunale ordinario dalla l. n.54 del 2006) il quale attribuendo al giudice la facoltà di adottare i provvedimenti più opportuni in caso di inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore, faceva propendere alcuni autori per una stretta affinità con il provvedimento ex. art. 333.c.c., determinando così la ragione giustificatrice di tali provvedimenti al tribunale ordinario.

In una recente pronuncia ad opera della Corte di Cassazione¹⁰⁴ si è stabilito che in base alla riforma sull'affidamento condiviso operata dalla l. n.54 del 2006 che ha novellato l'art. 155.c.c, il giudice può decidere ultra petitem al fine di tutelare l'interesse morale e materiale della prole, poiché è difficile tracciare una linea differenziante tra una domanda concernente un comportamento pregiudizievole e una domanda invece richiedente una semplice modifica dell'affidamento che adduca fatti non riprovevoli per la prole, e quindi basandosi su questo assunto la Corte di Cassazione riteneva competente il tribunale ordinario in caso di procedimento di separazione e di divorzio, rimanendo in capo al tribunale per i minorenni le ipotesi in cui i suddetti provvedimenti siano richiesti dal pubblico ministero o dai parenti e nel caso non vi sia pendente una causa di separazione o di divorzio o i genitori non fossero legati dal vincolo matrimoniale.

Dal breve esame dei maggiori orientamenti giurisprudenziali si rileva che la questione di competenza era alquanto dubbia e ricca di fraintendimenti, era necessario quindi un intervento legislativo che è arrivato con la l. n.219/2012, la quale ha introdotto la deroga di competenza dei provvedimenti ex. art. 333.c.c a favore del tribunale ordinario in pendenza dei procedimenti di separazione e di divorzio e del giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c.

Sarebbe stato più opportuno depennare dall'elenco delle competenze in capo al tribunale minorile anche le disposizioni ex. art. 330 e 333.c.c e attribuire al giudice ordinario ogni controversia inerente alla prole per evitare ancora una volta una frammentazione delle competenze.

¹⁰⁴ (Cass.civ, 5 ottobre 2011, n.20352, in Fam.e dir., 2013, 494 con osservazioni di ASTIGGIANO)

La deroga a favore del tribunale ordinario opera in relazione ai procedimenti instaurati a norma dell'art. 317-bis.c.c.?

L'art. 38 disp. att. c.c. prevede al primo comma la deroga di competenza dei provvedimenti ex art. 333 c.c. a favore del tribunale ordinario << nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o di divorzio, o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile >>, il legislatore prevedendo tale disposto ha tralasciato alcune questioni, ad esempio se sia o meno possibile estendere tale deroga di competenza anche ai procedimenti di modifica o di revisione dei procedimenti contemplati, anche se tale dubbio appare di facile soluzione visto l'irragionevolezza nel non estendere la suddetta deroga anche ai procedimenti di modifica o di revisione.

Si ritiene quindi estensibili per analogia i procedimenti ex art. 710 c.p.c. (modificabilità dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi) ex art. 9 l. n. 898/70 (modificabilità dei provvedimenti relativi ai coniugi in sede di divorzio), e anche i provvedimenti ex art. 709 ter. c.p.c. (soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni). Inoltre la deroga di competenza è pacificamente estensibile anche i procedimenti di nullità o annullamento del matrimonio anche se non espressamente elencati, poiché quest'ultimi quando sono proposte contestualmente le domande inerenti all'affidamento e al mantenimento dei figli, producano gli stessi effetti del procedimento di separazione e di divorzio.

Le perplessità maggiori sono state formulate nei confronti del mancato richiamo dell'art. 317-bis c.c.¹⁰⁵, in quanto appare alquanto discriminatoria l'esclusione del suddetto procedimento.

La normativa all'art. 317-bis c.c. (il quale richiama l'art. 316 c.c.) disciplinava l'esercizio della potestà dei genitori dei figli naturali, prevedendo al secondo comma l'esercizio della potestà congiunta in capo ai genitori conviventi, al contrario se non erano conviventi ma avevano provveduto entrambi al riconoscimento, l'esercizio della potestà sarebbe spettato al genitore convivente con il figlio, e infine se nessuno dei due genitori conviveva con il figlio, l'esercizio della potestà era attribuita al genitore che per primo avesse provveduto al riconoscimento.

Con l'entrata in vigore della legge n. 54/2006 il legislatore ha disposto all'art. 155 c.c., il principio per cui l'esercizio della potestà spetta sempre congiuntamente ad entrambi i coniugi e non più solamente al genitore affidatario della prole come prevedeva la normativa al previgente articolo e similmente l'art. 317-bis c.c., e con l'art. 4 sempre della suddetta legge si è esteso la normativa della novella del

¹⁰⁵ (DE MARZO, Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali; in Foro.it, 2013, V, 12)

2006 anche ai procedimenti dei figli di genitori non coniugati, perciò in dottrina si era discusso in ordine all'abrogazione tacita dell'art. 317-bis.c.c.

Dopo l'intervento della Cassazione che ha precisato che la normativa nell'ambito della disciplina sostanziale si estende pacificamente a tutti i rapporti tra genitori e figli senza alcuna distinzione, propendendo per non ritenere abrogato tacitamente l'enunciato dell'art. 317-bis.c.c, quest'ultima norma quindi rimarrebbe in vigore, potendo benissimo coesistere con la nuova disciplina introdotta dall'art. 155.c.c in tema di esercizio della potestà, operando quindi in base all'estensione realizzata dall'art. 4 della l.n.54 del 2006 solamente un arricchimento di principi a livello di contenuto della normativa, rimanendo così lo statuto della potestà genitoriale nell'ambito della filiazione naturale.

Un recente orientamento della Corte di Cassazione¹⁰⁶(prima dell'entrata in vigore della l. n.219/2012) in cui pur non entrando nel merito della questione di ripartizione della competenza tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario, afferma che la disposizione all'art. 4, secondo comma l. n.54/2006 che estenda la normativa anche ai figli di genitori non coniugati, deve essere interpretato tenendo presente che il fine perseguito dalla normativa è quello di attribuire una parità di tutela alla filiazione naturale, rendendo applicabili anche a quest'ultimi i principi della bi-genitorialità e dell'affidamento condiviso, per cui la cessazione della convivenza non comporterebbe più come in passato la conseguente cessazione della potestà, e con l'introduzione di questa nuova disciplina, l'art. 317-bis.c.c sarebbe stato abrogato implicitamente.

In questa pronuncia la Corte non aderisce all'interpretazione¹⁰⁷ per cui l'art. 317-bis.c.c sarebbe stato parzialmente abrogato con l'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso, in riferimento all'ipotesi in cui genitori pur non conviventi abbiano provveduto al riconoscimento del figlio naturale, di conseguenza tale disposto verrebbe sostituito dall'enunciato previsto dall'art. 155.c.c, per cui l'esercizio della potestà viene esercitato congiuntamente da entrambi i coniugi, essendo palesemente in contrasto con il principio della bi-genitorialità e dell'affidamento condiviso, rimanendo di conseguenza solamente applicabili le disposizioni concernenti il caso in cui il figlio sia stato riconosciuto solo da uno dei genitori o il caso in cui quest'ultimi siano sempre conviventi poiché in questo caso la potestà rimarrebbe in capo ad entrambi, oppure secondo un'altra interpretazione l'art. 317-bis.c.c rimarrebbe in vigore nel disciplinare la potestà del genitore convivente nel caso non sussista la necessità di ricorrere al giudice per l'affidamento o altre controversie inerenti l'esercizio della potestà, basandosi sull'assunto che l'art. 4, secondo comma l. n.54/2006 estende l'applicabilità

¹⁰⁶ (Cass.civ.,I sez., 10 maggio 2011, n. 10265 in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2011, 1203, con osservazione critica di M.SEITA)

¹⁰⁷ (vedi SALVANESCHI, Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso, in riv.dir.proc. 2006,1287 ss.)

della normativa ai “procedimenti” relativi ai figli dei genitori coniugati, facendo propendere l'interprete ad applicare i principi della bi-genitorialità solo in presenza di un contrasto tra i genitori. La Corte di Cassazione in questa recente pronuncia ha optato invece per ritenere interamente abrogato l'art. 317-bis.c.c seppure implicitamente dalla l. n.54/2006, poiché il nuovo disposto dell'art. 155.c.c. sancisce che l'esercizio della potestà appartiene ad entrambi i coniugi sia nell'affidamento condiviso che in quello esclusivo, e quindi l'esercizio della potestà è un presupposto autonomo che non può più dipendere dall'elemento della convivenza o dall'esistenza di un conflitto tra i genitori, di conseguenza la potestà è esercitata in maniera congiunta da entrambi i genitori, a prescindere dal fatto che essi siano conviventi o non con il figlio naturale riconosciuto.

Tale pronuncia della Cassazione è stata ampiamente criticata in dottrina, poiché non pare rispondente all'intento perseguito dalla normativa, la massima precedentemente esposta per cui per l'attuazione del principio di bi-genitorialità sia imprescindibile l'esercizio congiunto della potestà dei genitori e di conseguenza sia inoperabile una scissione dell'esercizio della medesima, perché aderendo a tale affermazione la differenza tra affidamento esclusivo e affidamento condiviso diventerebbe labile e confusa, e soprattutto l'art. 4, secondo comma l. n.54/2006 si riferisce espressamente ai

“procedimenti”, esplicitando così l'intento di applicare la nuova normativa ai giudizi dei figli naturali in caso di contrasto sull'affidamento o sull'esercizio della potestà, tralasciando così il momento fisiologico della fattispecie che resterebbe disciplinato dall'art. 317-bis.c.c., rendendo così possibile la contemporanea esistenza dell'art. 155.c.c e della suddetta norma.

L'interpretazione che opta per un abrogazione parziale dell'art. 317-bis.c.c è anch'essa infondata poiché il requisito della convivenza espresso dalla norma deve assurgere da criterio differenziante l'esercizio della potestà, poiché non appare rispondente alla realtà di fatto estendere tale facoltà al genitore che non abbia un rapporto abituale e concreto con il figlio anche perché è fatta salva la facoltà di adire l'intervento del giudice affinché possa disciplinare diversamente la fattispecie nell'ipotesi in cui il genitore seppure non convivente abbia un legame affettivo e materiale concreto con il figlio tale da rendere plausibile un esercizio congiunto in ordine alla potestà genitoriale.

Il procedimento ex. art.317-bis.c.c con la normativa del 2012 viene attribuito alla competenza del tribunale ordinario che utilizza la procedura in camera di consiglio ex. art. 737.ss.c.p.c, e secondo alcuni autori questo procedimento poiché richiamante l'art. 316.c.c, sarebbe ricompreso nella regola della deroga di competenza, essendo sufficiente tale analogia.

Il legislatore prevedendo quindi la deroga di competenza a favore del giudice ordinario in ordine all'emanazione dei provvedimenti ex art. 333.c.c in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio o secondo l'art. 316.c.c. ha tralasciato dall'elenco la disciplina dell'art. 317-bis.c.c.

Alcuni autori¹⁰⁸ hanno ipotizzato che con l'entrata in vigore della legge 219/2012, quest'ultima introducendo il nuovo disposto all'art. 315-bis.c.c, in tema di diritti e doveri del figlio, abbia esteso la normativa dell'art. 316.c.c (in tema di esercizio della potestà dei genitori) e dell'art. 317.c.c. (in tema di esercizio della potestà in caso impedimento di uno dei genitori) originariamente applicabili solo alla filiazione legittima anche alla filiazione naturale, rendendo così contraddittorio il disposto all'art. 317-bis.c.c., poiché se con la nuova normativa viene meno la distinzione tra legittima e naturale e si sancisce il diritto del figlio naturale o legittimo ad essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente a prescindere dal tipo di relazione instaurata tra i genitori che sono co-titolari dell'esercizio della potestà per la realizzazione del progetto di cura verso il figlio, si deve ritenere che il legislatore abbia voluto abrogare tacitamente l'intero enunciato dell'art. 317-bis.c.c, come corollario dell'intento di rendere una disciplina uniforme e paritaria in materia di filiazione, essendo oramai la norma palesemente in contrasto con i nuovi principi.

L'art. 2 della normativa 219/2012 ha attribuito al governo in base a dei criteri l'emanazione di una serie di decreti delegati, al fine di superare ogni possibile discriminazione tra figli legittimi e naturali presente all'interno del sistema normativo del codice civile e delle leggi speciali.

Secondo l'interpretazione di alcuni autori il mancato richiamo all'art. 317-bis.c.c è dovuto proprio al fatto che tale disposizione verrà abrogata in maniera definitiva con l'emanazione da parte del governo dei vari decreti delegati.

Altri autori¹⁰⁹ in commento alla legge hanno sostenuto che seppure si potrebbe estendere all'art. 317-bis.c.c la deroga di competenza in base a un'interpretazione analogica, sul presupposto dell'intento perseguito dalla normativa, tale ragionamento mal si concilierebbe con il principio per cui le norme sulla competenza sono *strictae interpretationis*, essendo la suddetta disciplina soggetta a riserva di legge e il ricorso all'analogia non può essere utilizzato per sanare dei vuoti normativi dovuti a delle scelte discrezionali e discutibili del legislatore.

¹⁰⁸ (M. SESTA, L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari, in *Fam.e dir.*, 2013,3, 231)

¹⁰⁹ (vedi TOMMASEO, La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali, in *Fam.e dir.*, 2013,251 << Non sembra che il segnalato contrasto possa essere risolto ipotizzando che la riforma, nel dare identico stato giuridico a tutti i figli, abbia in tal modo anche implicitamente abrogato l'art. 317-bis, riguardante i soli figli naturali: se così fosse, le controversie tutte sull'esercizio della potestà appartenerebbero al tribunale ordinario a norma del solo art. 316.c.c. e così pure anche le eventuali controversie de potestate, per effetto della vis attrattiva sancita, come si è detto, dal nuovo testo dell'art.38, primo comma, disp.att.c.c>>>)

Secondo una parte della dottrina l'art. 317-bis.c.c rimarrebbe in vigore per quelle ipotesi in cui il figlio non sia convivente con i genitori anche se lo hanno riconosciuto oppure sia convivente con solo di essi; quindi tali ipotesi sarebbero disciplinate dal suddetto articolo assieme alla normativa introdotta con la legge sull'affidamento condiviso del 2006 e perciò questo spiegherebbe la disposizione al secondo comma dell'art. 38.disp.att.c.c << in materia di affidamento e mantenimento dei minori si applicano gli artt. 737.ss.c.p.c.>> che non potrebbe di certo riferirsi se non altrimenti al procedimento ex. art. 317-bis.c.c, visto che per quanto riguarda i figli legittimi la procedura da utilizzare è quella prevista in sede di separazione e di divorzio, o le procedure previste nei procedimenti di revisione o di modifica previsti dall'art.9 legge div. e dall'art. 710.c.p.c che prevedono la forma camerale, quindi non si vedrebbe altro significato se non quello di riferirsi al suddetto procedimento inerente alla disciplina della potestà della filiazione naturale.

L'immediata efficacia esecutiva dei provvedimenti relativi ai minori e nuove garanzie patrimoniali

La nuova formulazione dell'art. 38.disp.att.c.c. estende le medesime tutele previste per i figli legittimi in merito ai provvedimenti patrimoniali ai figli naturali. La Corte Costituzionale in un precedente aveva esteso alla filiazione naturale solamente il provvedimento di sequestro ex. art. 156.c.c., mentre la dichiarazione di illegittimità costituzionale in relazione alla mancata estensibilità delle altre garanzie patrimoniali (nello specifico l'ordine di pagamento ai terzi e l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale) era stata dichiarata inammissibile.

Il novellato articolo prevede che i provvedimenti emanati a tutela della prole aventi ad oggetto il mantenimento o il diritto agli alimenti siano immediatamente efficaci salvo una diversa previsione del giudice.

Prima della riforma il genitore del figlio naturale che si rivolgeva al tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 317-bis.c.c non otteneva un provvedimento con immediata efficacia esecutiva, ciò rimarcava

ancora di più la deteriore disparità di trattamento nella tutela nei confronti della prole naturale, poiché al contrario per i figli legittimi risultava applicabile l'art. 189 disp. att. c.p.c., il quale prevede l'immediata efficacia esecutiva per i provvedimenti emessi dal presidente del tribunale o dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 708 c.p.c. nell'ambito del giudizio di separazione e di divorzio.

La Corte di Cassazione aveva statuito che i provvedimenti definitivi emanati dal tribunale per i minorenni ex art. 317-bis c.c. avevano la stessa natura di sentenza e quindi avevano efficacia esecutiva ma non aveva statuito niente riguardo alla natura dei provvedimenti provvisori.

La Corte Costituzionale¹¹⁰ aveva dichiarato inammissibile la domanda volta a una dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa sull'affidamento condiviso in relazione alla mancata revisione dell'efficacia esecutiva dei provvedimenti concernenti il diritto al mantenimento del figlio minore emessi dal tribunale per i minorenni.

La Corte Costituzionale aveva dichiarato inammissibile la questione poiché il giudice a quo non aveva esperito in prima battuta un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata.

In seguito la Corte di Cassazione¹¹¹ in alcune recenti pronunce aveva espresso l'opinione per cui i decreti emessi a seguito di procedimenti di revisione o di modifica sia delle condizioni pattuite dai coniugi in sede di separazione consensuale e sia dei capi delle sentenze di separazione giudiziale ai sensi dell'art. 710 c.p.c, essendo assoggettati alla procedura in camera di consiglio, sono disciplinati dall'art. 741 c.p.c. in ordine all'efficacia esecutiva, e quindi come conseguenza, i decreti pronunciati in camera di consiglio acquisiscono efficacia esecutiva in seguito al decorso dei termini per esperire il reclamo oppure quando vi sia intervenuta una statuizione sull'oggetto del reclamo.

Tale interpretazione viene giustificata dal fatto che i provvedimenti di revisione o modifica ex art. 710 c.p.c sono emessi a seguito della disciplina del rito camerale, una scelta dovuta alla discrezionalità del legislatore che non può essere sindacata in sede di legittimità costituzionale, come ha più volte affermato la Corte Costituzionale in vari precedenti.

La dottrina aveva criticato tale orientamento giurisprudenziale, poiché i decreti di revisione delle condizioni di separazione sia consensuale che giudiziale dovrebbero avere immediata efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c. che viene applicato ai giudizi di separazione e di divorzio in merito all'immediata efficacia esecutiva delle sentenze di primo grado; la differente soluzione

¹¹⁰ (Corte cost. 20 novembre 2009, n. 310)

¹¹¹ (Cass.civ.Sez.I, 27 aprile 2011, n. 9373 in Fam. e dir., 2011, n. 9373 con nota critica di TOMMASEO, Sull'efficacia di titolo esecutivo dei decreti che rivedono le condizioni della separazione coniugale, successivamente la Corte di Cassazione in un'altra pronuncia muta il proprio orientamento e statuisce che << il decreto emesso all'esito del procedimento di modifica delle condizioni di separazioni è immediatamente esecutivo >> in Cass.civ., 20 marzo 2012, n. 4376, in Foro.it., 2012, I, 1010)

interpretativa adottata dalla Corte comportava una disparità di trattamento ai sensi dell'art. 3. Cost poiché veniva attribuita immediata efficacia esecutiva ai provvedimenti provvisori pronunciati in sede di separazione e di divorzio ma non a quelli emessi nell'ambito del procedimento di revisione.

L'art. 38 disp. att. c.c. ha risolto finalmente tale contrasto interpretativo attribuendo immediata efficacia esecutiva ai provvedimenti concernenti il diritto al mantenimento o agli alimenti della prole.

La disposizione in esame ha utilizzato una formulazione che ha suscitato alcuni dubbi in relazione al disposto per cui viene fatta salva la possibilità del giudice di regolare diversamente in ordine all'efficacia esecutiva del provvedimento emanato.

In alcuni primi commenti¹¹² alla legge si è ritenuto che la disposizione intenda riferirsi al disposto del novellato art. 283 c.p.c. ad opera della l. 28 dicembre 2005, n. 263, che prevede che il giudice dell'appello possa sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento in presenza di gravi e fondati motivi.

Il novellato art. 38 disp. att. c.c. prevede al terzo comma che qualunque provvedimento di natura patrimoniale inerente alla prole possa costituire titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, purché tali provvedimenti soddisfino il requisito di definitività, ovvero secondo un orientamento giurisprudenziale, soddisferebbero tale requisito non i provvedimenti non più soggetti ai mezzi di gravame ordinari, ma quelli che definiscono il giudizio.

La Corte di Cassazione in precedenza aveva peraltro escluso che i provvedimenti provvisori emessi dal presidente del tribunale in sede di separazione dei coniugi e i provvedimenti di revoca o modifica delle ordinanze presidenziali emanati invece dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 708 c.p.c. acquisissero efficacia di titolo esecutivo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, essendo quest'ultimi privi del requisito di definitività.

La Corte Costituzionale inoltre aveva dichiarato manifestamente infondata la dichiarazione di illegittimità costituzionale relativa all'art. 708 c.p.c. in ordine alla mancato riconoscimento dell'idoneità dei suddetti provvedimenti ad acquisire efficacia di titolo esecutivo ai fini dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

L'art. 3 della l. n. 219/2012 prevede al secondo comma che: "Il giudice, a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, può imporre al genitore obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi suddetti. Per assicurare che siano conservate o soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui al periodo precedente, il giudice può disporre il sequestro

¹¹² (TOMMASEO, La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali, in Fam. e dir., 2013, 260)

dei beni dell'obbligato secondo quanto previsto dall'articolo 8, settimo, della legge 1° dicembre 1970, n. 898. Il giudice può ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, di versare le somme dovute direttamente agli aventi diritto, secondo quanto previsto dall'articolo 8, secondo comma e seguenti, della legge 1 dicembre 1970, n.898. I provvedimenti definitivi costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818 del codice civile”,

Il secondo comma dell'art. 3 l. n.219/2012 ricalca similmente il disposto dell'art. 156.c.c e per certi aspetti l'art. 8 l. n.898/70, pur se con qualche differenza che ha portato ad alcuni contrasti interpretativi, poiché è mancata da parte del legislatore un'attenta valutazione in ordine al coordinamento delle previsioni introdotte con il sistema previgente.

L'enunciato ha comportato alcune perplessità in ordine anzitutto alla terminologia utilizzata poiché il termine “prole”, indice di un riferimento generico estensibile a tutta la filiazione, induce a ritenere estensibile il disposto anche ai figli maggiorenni beneficiari del diritto agli alimenti, ma una tale interpretazione si scontrerebbe con il disposto dell'art. 156.c.c, il quale richiamando l'art. 155.c.c estende tale garanzia patrimoniale ai figli portatori di handicap e ai figli maggiorenni non ancora indipendenti dal punto di vista economico, escludendo così i figli maggiorenni a cui sono solo destinati gli alimenti. Inoltre la norma utilizza nella prima parte della disposizione il termine “genitore obbligato”, mentre in seguito utilizza la terminologia generica “obbligato”, facendo propendere per estendere la suddetta disposizione non solo ai genitori ma anche agli ascendenti o ai soggetti obbligati a corrispondere gli alimenti ai sensi dell'art. 433.ss.c.c, anche se tale interpretazione estensiva non appare plausibile, essendo la normativa in esame, almeno per quanto riguarda gli aspetti processuali destinata a disciplinare gli aspetti processuali nell'ambito del rapporto genitori-figli.

Alcuni autori hanno invece ritenuto che tale disposizione possa estendere la sua applicazione anche ai crediti alimentari, e quindi anche il figlio maggiorenne destinatario degli alimenti sarebbe legittimato a proporre tale garanzia.

Il legislatore ha previsto che il giudice possa imporre al genitore obbligato al mantenimento della prole di prestare idonee garanzie reali o personali, quando riscontri l'esistenza del pericolo che quest'ultimo possa sottrarsi all'adempimento. La suddetta disposizione è simile al disposto dell'art. 8 l. 898/70 e all'ambito applicativo dell'art. 156.c.c, e quindi si dovranno richiamare le incertezze giurisprudenziali e dottrinali in merito all'attuazione coattiva dell'ordine del giudice.

La norma designa genericamente il giudice, quale soggetto competente a statuire sull'opportunità di prestare le suddette garanzie, il sequestro e l'ordine di pagamento ai terzi in favore degli aventi diritto,

utilizzando quindi la stessa terminologia dell'art. 156.c.c che è stato sottoposto al vaglio costituzionale della Corte Costituzionale in ordine alla mancata previsione della facoltà del giudice istruttore di emanare i provvedimenti di sequestro dei beni del coniuge obbligato al contributo di mantenimento verso l'altro coniuge e i figli, poiché ravvisava la stessa ratio sottesa ai provvedimenti concernenti l'ordine di pagamento ai terzi obbligati verso il coniuge, ovvero l'immediata e urgente necessità di provvedere alle esigenze di mantenimento del coniuge che versava in uno stato di bisogno e soprattutto a quelle concernenti i figli minori.

Il tribunale ordinario ai sensi del novellato art. 38, secondo comma disp.att.c.c. provvede all'emanazione dei provvedimenti relativi ai minori, eccetto per quelli relativi ai medesimi in sede di giudizio di separazione e di divorzio, in camera di consiglio ex. art.737.ss.c.c, attribuendo quindi tale facoltà in ordine all'emanazione dei suddetti provvedimenti concernenti le garanzie patrimoniali al collegio e non quindi al giudice istruttore.

Per tali motivi tale previsione potrebbe suscitare delle perplessità in merito a un successivo vaglio da parte della Corte Costituzionale, oppure si potrebbe pensare che tale normativa è stata ideata proprio in ragione della specialità del rito camerale, ma sembra più plausibile che il legislatore nella stesura della novella non abbia pensato a tale aspetto.

In relazione alla previsione del sequestro dei beni del genitore obbligato viene richiamata la disciplina della legge divorzile e non quella prevista dall'art. 156.c.c, attribuendo tale strumento conservativo anche alla prole naturale.

La differenza tra le due disposizioni concerne l'emissione del provvedimento di sequestro all'art.156.c.c su richiesta dell'avente diritto in caso di inadempienza dell'obbligato, al contrario della disposizione all'art. 8, ultimo comma l. n. 898/70 che attribuisce la facoltà in capo al giudice di emanare il suddetto provvedimento sempre su richiesta di parte, in caso vi riscontri un pericolo d'inadempimento, e disporre così il sequestro dei beni dell'obbligato “fino alla concorrenza della metà per il soddisfacimento dell'assegno periodico”, al contrario del generico limite previsto dall'art. 156.c.c, ovvero “una parte dei beni”.

La normativa non dispone nulla in ordine alla natura del sequestro e nel silenzio del legislatore vengano quindi riproposti ancora una volta, gli stessi dubbi in ordine al tipo di qualificazione giuridica attribuibile, ovvero se il provvedimento di sequestro ex. art. 156.c.c possa rientrare nelle cosiddette misure cautelari atipiche o sia assimilabile al sequestro conservativo.

In relazione al provvedimento di sequestro disciplinato dalla novella seppure richiamante la disciplina della legge divorzile, sono sorti dubbi in relazione alla possibilità che tali provvedimenti siano pronunciati d'ufficio dal giudice oppure sia necessaria la relativa domanda di parte.

La novella prevede inoltre l'ordine di pagamento ai terzi obbligati verso il genitore inadempiente di somme di denaro agli aventi diritto, ricalcando similmente le disposizioni ex. art. 148.c.c e 155.c.c, che prevedano l'intervento del giudice in ordine alla distrazione dei pagamenti al contrario quindi della disposizione all'art. 8 l. n. 898/70 che prevede che sia il coniuge creditore dopo la costituzione in mora dell'obbligato, a dover notificare al terzo debitore del coniuge inadempiente, dopo il termine di trenta giorni, l'invito all'adempimento direttamente in capo al richiedente le somme dovute.

Nella legge divorzile si tratta di un semplice invito ad adempiere, non essendo previsto quindi un provvedimento del giudice, si pone un problema di coordinamento con la novella poiché quest'ultima introduce espressamente un intervento d'ufficio da parte del giudice.

La disposizione pur richiamando l'art. 8 l. n. 898/70 introduce un regime normativo peculiare e distinto da quello previsto dalla legge divorzile, e se già vi erano dubbi in ordine ai differenti procedimenti previsti dall'art.156.c.c e dall'art. 1. n.898/70, l'introduzione del suddetto procedimento rende ancora più complesso e poco chiaro il sistema, rendendo difficile il coordinamento tra le norme citate. Si è ipotizzato che il giudice potrà applicare il suddetto ordine di pagamento ai terzi e solo dopo questo suddetto ordine, il creditore potrebbe utilizzare il procedimento ex. art. 8. l. n.898/70.

Alcuni autori hanno ipotizzato al contrario che non vi è affatto un potere d'ufficio del giudice all'emissione dei suddetti ordine di pagamento, ma vi è invece sempre la necessità di una richiesta da parte dell'avente diritto e questo varrebbe anche per i provvedimenti di sequestro.

Si è anche sostenuto che la previsione all'art. 3, secondo comma l. n.219/2012 sia priva di senso in relazione al potere d'ufficio del giudice all'ordine di pagamento ai terzi, in relazione al fatto che la volontà del legislatore è stata quella di estendere ai figli naturali la disciplina della legge divorzile in merito a questo provvedimento, la quale non prevede affatto un intervento del giudice in merito.

Si è osservato anche che la nuova disciplina in merito alla normativa concernente le garanzie patrimoniali, visto l'ampia portata generale possa aver abrogato implicitamente la disciplina da sempre applicabile solo alla filiazione legittima in base all'art. 156.c.c. e l'art. 8. l. 898/70, rendendo così la novella una disposizione unitaria in materia di garanzia patrimoniale a tutela della filiazione. Seppure la suddetta interpretazione sia più rispondente all'intento legislativo di predisporre una tutela unitaria oltre che uno status alla filiazione, tale risultato non può dirsi realizzato in relazione

all'intervento settoriale e disorganico nell'ambito della normativa processuale in materia di provvedimenti a tutela della famiglia e dei minori.

La competenza in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale torna al tribunale ordinario

L'art. 269.c.c. era stato attribuito con la legge 4 maggio 1983, n.184, in materia di disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, alla competenza del tribunale per i minorenni. L'attribuzione della suddetta competenza in capo al tribunale specializzato aveva suscitato molteplici critiche sia da parte della giurisprudenza che della dottrina, poiché l'organo giudiziario in questione utilizzando il rito camerale in un'azione dichiarativa di status, veniva ritenuto inadeguato e poco garantista in ordine al rispetto del principio contraddittorio, del diritto di difesa dei mezzi istruttori e dei mezzi di impugnazioni.

La Corte Costituzionale aveva sempre dichiarato infondata la questione di illegittimità costituzionale in ordine all'attribuzione del suddetto procedimento in capo al tribunale per i minorenni, poiché le regole di competenza e di giurisdizione rientrano nella scelta discrezionale del legislatore e che una volta rispettato il principio del giudice naturale precostituito per legge, l'attribuzione in capo a un organo giudiziario o a un altro non poteva essere sindacata in sede di legittimità costituzionale.

Inoltre la Consulta stabiliva che l'applicazione del rito camerale ad una situazione concernente diritti soggettivi o status non precluderebbe il rispetto dell'art. 24.Cost e delle garanzie del principio del contraddittorio, dunque si sosteneva che il rito camerale potesse benissimo adeguarsi il più possibile ai principi del rito ordinario.

La Corte di Cassazione aveva recepito tali indicazioni delineando il rito camerale come un contenitore neutro al quale potevano venire attribuite anche la risoluzione di controversie concernenti diritti soggettivi o status, a patto che venissero adottate le relative misure idonee a tutelare le suddette fattispecie.

Tale orientamento giurisprudenziale non era mai stato accolto positivamente, poiché il rito camerale era ritenuto un procedimento ideato e istituito a tutela di situazioni rientranti nell'ambito della giurisdizione volontaria, dove si giustificava un ampio potere discrezionale da parte giudice e una relativa restrizione del diritto di difesa della parte, visto che le situazioni giuridiche oggetto del

procedimento non concernevano la risoluzione di controversie in merito all'attribuzione di un bene giuridico tutelato dall'ordinamento.

La novella ha finalmente posto fine alle questioni, devolvendo tale provvedimento alla competenza del tribunale ordinario che utilizzerà il rito ordinario, ritenuto il più garantistico ed adeguato a un procedimento concernente l'azione dichiarativa di status di figlio naturale. Se per un verso la nuova normativa ha risolto i contrasti giurisprudenziali e dottrinali in riferimento all'inadeguatezza del rito camerale nelle azioni di status, la devoluzione dell'azione dichiarativa di paternità o maternità naturale al giudice ordinario non è stata valutata da alcuni come la scelta più opportuna perché seppure era inadeguato il rito camerale, il tribunale specializzato era considerato l'organo giudiziario più idoneo a tutelare l'interesse del minore.

La Corte di Cassazione in alcune recenti pronunce ha ribadito che l'azione dichiarativa dello status di figlio naturale rientra nella categoria dei diritti inviolabili, essendo volto alla ricerca della verità biologica e pertanto deve essere annoverato tra la categoria dei diritti essenziali allo sviluppo della persona.

La riforma operata dalla legge n. 219/2012 è intervenuta a modificare anche l'art. 276.c.c., mettendo così fine alle problematiche inerenti alla situazione in cui il figlio non poteva esercitare l'azione dichiarativa di status poiché il genitore era venuto a mancare e non vi erano degli eredi diretti.

Prima della novella la Corte di Cassazione in alcuni precedenti aveva peraltro escluso che la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità ex. art. 269.c.c potesse essere proposta verso gli eredi degli eredi stante la formulazione dell'enunciato ex. art. 276.c.c, poiché quest'ultimi dovevano essere ritenuti legittimati solamente ad intervenire nel suddetto giudizio se avessero avuto un interesse contrario all'accoglimento della domanda.

Recentemente era stata anche proposta la questione di illegittimità costituzionale alla Consulta in relazione alla mancata previsione all'art. 276.c.c. della facoltà di poter proporre l'azione dichiarativa nei confronti di un curatore speciale, nel caso in cui fossero deceduti sia il genitore che gli eredi diretti, poiché ledeva il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3. Cost poiché l'azione dichiarativa di status era imprescrittibile in riferimento al figlio e inoltre poneva una limitazione alla legittimazione passiva ad esercitare la suddetta azione che non era prevista in nessun'altro dei giudizi inerenti la filiazione.

La Corte Costituzionale¹¹³ dichiarò manifestamente inammissibile la suddetta questione di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 276.c.c, ritenendo che tale scelta rientrasse nella

¹¹³ (Corte.cost., ord., 20 marzo 2009, n. 80, in Fam. e dir., 2009, 545)

discrezionalità del legislatore che poteva nominare un curatore speciale oppure legittimare l'intervento nei confronti degli eredi degli eredi.

Con la novella del 2012 l'articolo 276.c.c. viene riformulato prevedendo finalmente la nomina di curatore speciale nel caso non vi siano ancora in vita gli eredi del defunto genitore.

Il nuovo procedimento ex. art. 250, comma 4, c.c. in caso di opposizione del genitore che ha già effettuato il riconoscimento

La novella del 2012 ha apportato una serie di modifiche all'art. 250.c.c., la prima delle quali riguarda la terminologia utilizzata, ovvero si sostituisce la precedente dizione “riconoscimento del figlio naturale” con “riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio” in attuazione del principio espresso dal novellato art. 315.c.c. che sancisce l'unificazione dello stato giuridico nell'ambito della filiazione. La novità in tema di ripartizione di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni riguarda l'attribuzione in ordine al provvedimento ex. art. 250.c.c. al giudice ordinario invece che al tribunale per i minorenni.

La novella del 2012 ha apportato delle modifiche all'art. 250.c.c., in tema di riconoscimento del figlio nato al di fuori del matrimonio, prevedendo un procedimento più celere al quarto comma del suddetto articolo, nel caso di opposizione del genitore che per primo abbia provveduto al riconoscimento.

La nuova normativa prevede al secondo comma del suddetto articolo una riduzione dell'età del minore da sedici a quattordici anni per l'idoneità a prestare il consenso e similamente prevede al terzo comma la riduzione della soglia di età da sedici a quattordici, al di sotto della quale sia necessario il consenso dell'altro genitore al riconoscimento, in attuazione di una maggiore valorizzazione della volontà del minore e di una maggiore partecipazione di quest'ultimo nell'ambito del giudizio, poiché il minore non deve essere solamente sentito nell'ambito del procedimento ma deve essere garantito e tutelato il suo preminente interesse, essendo anche quest'ultimo parte del procedimento, anche se tale audizione viene subordinata a una previa valutazione della sua capacità di discernimento.

La normativa peraltro non ha disposto nulla in merito alla natura giuridica dell'atto di assenso prestato dal minore e dell'atto di consenso prestato invece dal genitore e di conseguenza non ha previsto nulla anche in ordine alla forma con la quale quest'ultimi devono essere prestati.

Si è da sempre discusso in dottrina in ordine alla natura giudica dei suddetti atti e vi sono due tesi al riguardo; in una di queste una parte della dottrina sostiene che sia l'assenso prestato dal minore che il consenso del genitore appartengono alla categoria dell'atto negoziale avente quest'ultimo la natura giudica di un mero atto di autorizzazione che si limita ad integrare gli effetti dell'atto di riconoscimento e quindi si pone come condizione per l'efficacia del suddetto atto, viceversa alcuni sostengono che l'assenso del minore deve distinguersi dal consenso del genitore al riconoscimento, poiché quest'ultimo è un presupposto di validità al riconoscimento.

Il legislatore non prende posizione in ordine a queste problematiche limitandosi a disciplinare il nuovo procedimento introdotto al quarto comma prevedendo che << il consenso non può essere rifiutato se risponde all'interesse del figlio >>, la differenza terminologica con la precedente formulazione << il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio >> risiede nella semplificazione del linguaggio utilizzato che attribuisce un collegamento tra il consenso del genitore e l'interesse del minore, poiché la ratio fondante della norma è quella di tutelare il preminente interesse del minore affinché quest'ultimo non subisca un pregiudizio al verificarsi del suddetto riconoscimento tardivo operato dall'altro genitore.

La normativa peraltro non prende atto anche delle modalità con cui il giudice dovrebbe verificare se il rifiuto del genitore che per primo ha provveduto al riconoscimento corrisponda effettivamente ad un pregiudizio per il minore, poiché alcuni autori propendono per la prova di seri e specifici motivi che attestino tale pregiudizievole interesse, altri invece basandosi su un'interpretazione basata sul dato letterale della norma, propendono per una valutazione rimessa alla discrezionalità del giudice che tenga conto volta per volta della situazione specifica del figlio minore.

Il nuovo articolo introduce al quarto comma un procedimento più celere per rimediare alla situazione vigente nei processi odierni che sono caratterizzati da una tempistica lunga che causa il protrarsi dei giudizi per anni.

Il procedimento ex art. 250, quarto comma c.c. prevede che in caso di rifiuto del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento, il genitore che vuole procedere al riconoscimento del figlio può ricorrere al giudice affinché stabilisca un termine per la notifica del ricorso al genitore non consenziente, quindi viene previsto come nel previgente l'articolo l'onere di iniziare il processo in capo al genitore che vuole procedere al riconoscimento.

Inoltre oltre a questo termine per provvedere alla notificazione, viene previsto un ulteriore termine di trenta giorni per proporre opposizione al procedimento di riconoscimento. Se non viene proposta nessuna opposizione, il giudice decide con sentenza che tiene il luogo del riconoscimento,

provvedendo anche alla statuizione dei provvedimenti inerenti al mantenimento, affidamento e al cognome del figlio.

La novella ha previsto un procedimento monitorio in cui il giudice nel caso non venga proposta nessuna opposizione controlla solamente la regolarità della notificazione, non procedendo così a nessuna valutazione specifica in ordine alla sussistenza di un pregiudizio del minore, fondando così il suo convincimento sul silenzio-assenso dell'altro genitore al quale è trasferita l'iniziativa di promuovere l'opposizione.

La disposizione in esame non è chiara in relazione alla terminologia usata, poiché non è pacifico il disposto per cui il giudice pronuncia la sentenza che tiene luogo del consenso mancante e assume gli opportuni provvedimenti, non si capisce quindi se l'enunciato compia una distinzione in ordine alla sentenza che tiene luogo del consenso mancante e il provvedimento definitivo a seguito del giudizio di opposizione che statuisce in ordine all'affidamento, al mantenimento e al cognome del figlio.

Alcuni autori¹¹⁴ hanno evidenziato che sarebbe palesemente fuorviante che nel caso in cui non venga proposta l'opposizione il giudice provveda ai relativi provvedimenti di affidamento e di mantenimento e quello relativo al cognome del figlio, poiché in questo specifico caso mancherebbe il genitore che non ha proposto l'opposizione, quindi nonostante l'ambigua formulazione si ritiene che si tratta di due provvedimenti emessi a seguito di distinti procedimenti e che nel caso il genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento non proceda all'opposizione, il giudice si limiterebbe solamente a controllare la regolarità della notificazione.

Al contrario nel giudizio di opposizione a seguito della nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c., essendo stato devoluto tale procedimento alla competenza del tribunale ordinario, non vi è più la necessità di ricorrere a due organi giudiziari distinti in ordine ai provvedimenti di mantenimento e di affidamento poiché ora con la novella del 2012 il giudice ordinario potrà emettere i relativi provvedimenti nell'ambito di un unico giudizio. Inoltre l'attribuzione della suddetta competenza in capo al giudice ordinario risolve il problema dell'attribuzione della competenza ex art. 263 c.c., ovvero in ordine all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, dove veniva esclusa

¹¹⁴ (LENTI, La sedicente riforma sulla filiazione, in Nuova giur. civ. comm., 2013, II, 205, secondo il quale « benché questa frase non distingua tra la sentenza che segue la mancata opposizione e quella che conclude il giudizio di opposizione, mi sembra sia ragionevole applicabile solo alla seconda. Nel primo caso infatti, dinanzi al silenzio del destinatario, il giudice non è chiamato dalla legge a verificare la conformità del riconoscimento all'interesse del minore, che può essere contestato solo dall'altro genitore, sicché ha solo il compito di controllare la validità della notifica stessa. In un tal contesto mi sembra impensabile che possa decidere sull'affidamento e sul mantenimento, provvedimenti di tale importanza e delicatezza che impongono la presenza di entrambe le parti, in contraddittorio fra loro, e il compimento di un adeguata attività istruttoria »)

la competenza del tribunale minorile e di conseguenza si doveva instaurare un successivo procedimento innanzi al giudice ordinario.

Tornando al novellato procedimento ex. art. 250.c.c nel caso in cui il genitore non consenziente al riconoscimento proponga l'opposizione e presumendo che questa debba essere proposta con l'atto di citazione e non con il ricorso, si prevede l'audizione del figlio minore che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore se capace di discernimento al fine di valutare la fondatezza o meno dell'opposizione al riconoscimento.

In riferimento all'audizione del minore si era discusso in ordine alla qualità di parte di quest'ultimo, poiché si riteneva ante riforma che il minore non potesse assumere la qualità di parte processuale, ma solo la qualità di parte sostanziale, non dovendo così procedere alla nomina di un curatore speciale. La novella ha chiarito tale problematica prevedendo l'obbligatorietà dell'audizione del minore di cui tratteremo nel prosieguo dell'esposizione.

La normativa non stabilisce nulla riguardo all'attività istruttoria, ma si ritiene che il giudice possa predisporla se ritiene necessario provvedere all'esperimento dei mezzi istruttori, poiché viene previsto che il giudice assuma "ogni opportuna informazione", prevedendo così un ampio potere d'ufficio in capo a quest'ultimo soggetto, che può liberamente valutare l'opportunità di assumere ulteriori mezzi istruttori rispetto a quelli introdotti dalle parti.

Il procedimento in esame non ha ad oggetto la dichiarazione di uno status ma al contrario in sede di giudizio si controverte solamente sull'esistenza o meno di fondate ragioni ostative al riconoscimento e pertanto alcuni autori hanno sottolineato che il procedimento in esame dovrebbe essere disciplinato con un procedimento più celere, per fare un esempio si dovrebbe eliminare l'enunciato che prevede che il provvedimento definitivo debba essere una sentenza.

L'audizione del minore

L'audizione del minore era stata da sempre una grave lacuna nel nostro ordinamento, poiché il ruolo del minore nei giudizi inerenti all'affidamento era visto nell'ottica dell'oggetto del procedimento e mai come un soggetto titolare di diritti propri a cui di conseguenza potevano essere attribuiti dei poteri nell'ambito del processo.

Tale concezione storica del ruolo del minore nei procedimenti che lo riguardano è stata superata nell'ottica di una diversa interpretazione dell'art. 147.c.c e dell'art. 30. Cost che riconoscono al minore la titolarità di un' ampia categoria di diritti nei confronti dei genitori, ovvero il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione e di conseguenza la potestà genitoriale non viene più vista come un assoggettamento del minore alla volontà indiscussa dei genitori, ma si traduce in un concetto ampio di responsabilità genitoriale che è finalizzata alla realizzazione di quella ampia categoria di diritti riconosciuti alla prole.

Il corollario di questa evoluzione comporta che il minore non è più un mero oggetto dei procedimenti inerenti al suo affidamento e mantenimento ma è invece parte in senso processuale, poiché è titolare di un proprio diritto soggettivo ad essere ascoltato in ogni procedimento che lo riguarda.

Sin dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 erano state introdotte delle norme che prevedevano l'audizione del minore come ad esempio l'art. 250.c.c, successivamente con la legge sul divorzio venne introdotta la previsione all'art. 4, ottavo comma, l. div. prevedendo la facoltà in capo al presidente del tribunale di procedere all'audizione del minore nel caso in cui “lo ritenga strettamente necessario”. La legge n.184 del 1983 in materia di adozione e affidamento dei minori ha previsto all'art. 10 l'obbligo dell'audizione del minore nel giudizio di dichiarazione di adottabilità.

La riforma sull'affidamento condiviso del 2006 introducendo l'art.155-sexies c.c. aveva previsto che il giudice” dispone, inoltre l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento” non prevedendo più che tale intervento fosse subordinato alla valutazione discrezionale del giudice.

Tale enunciato prevede nella prima parte che il giudice possa avvalersi dei mezzi istruttori e nella seconda parte prevede inoltre l'audizione del minore, però non stabilisce nulla in ordine alle modalità con cui si dovrebbe procedere a tale audizione e infatti in dottrina si controverteva sulla natura di tale procedimento, ovvero se quest'ultimo rientrasse o meno nella categoria dei mezzi istruttori o fosse solo un mero strumento processuale che tutelasse il diritto del minore ad essere ascoltato.

La norma in questione si poneva in contrasto con il disposto dell'art. 4, ottavo comma, l. div. poiché quest'ultimo non prevede infatti un obbligo all'audizione del minore ma solo la possibilità di procedere a tale se ricorre la necessità, anche se si tratta di un contrasto apparente visto che l'art. 4 della l. n.54/2006 estende la normativa introdotta anche alla disciplina del divorzio, ma alla luce di questa disciplina frammentaria e disorganica sarebbe stato più opportuno un intervento più specifico in tale ambito.

L'enunciato dell'art. 155-sexies c.c. rende concreto il principio generale previsto dall'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dal nostro ordinamento con la l. 27 maggio 1991 n.176, per cui il minore ha il diritto di essere ascoltato. La Convenzione peraltro prevedendo una clausola di compatibilità con le legislazioni degli stati firmatari aveva accreditato un'interpretazione giurisprudenziale per cui il principio espresso dall'art. 12 necessitava di un'apposita normativa procedurale per garantirne l'applicabilità.

La questione interpretativa in merito fu risolta in un precedente della Corte Costituzionale¹¹⁵, nel quale precisò l'immediata e generale applicabilità dei principi espressi dalla Convenzione e nel caso specifico sottolineava che per i procedimenti di potestà in cui non era previsto l'obbligo dell'ascolto del minore, per effetto della generale applicabilità dei suddetti principi, si doveva ritenere che anche per quei procedimenti si doveva procedere all'audizione del minore.

Successivamente la Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, ratificata parzialmente dal nostro ordinamento con la l. 20 marzo 2003, n.77, stabilisce in maniera più dettagliata l'audizione del minore, a differenza della Convenzione di New York che si limitava a sancire un generico diritto all'ascolto, infatti viene previsto all'art. 6 che l'autorità giudiziaria prima di emettere qualsiasi statuizione deve consultare il minore personalmente e deve altresì accertarsi che il minore se capace di discernimento abbia acquisito e compreso tutte le informazioni necessarie affinché sia pienamente consapevole della situazione giudiziaria in atto e delle sue possibili conseguenze.

Inoltre vi era stato anche il regolamento del Consiglio dell'Unione Europea n. 2201/2003 del 23 novembre 2003 in materia di competenza, riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, entrato in vigore il 1 agosto 2004 e applicato dal 1 marzo 2005, il quale all'art 23, lett. b prevede che il riconoscimento della sentenza straniera in materia di responsabilità genitoriale non opera automaticamente se vi sia stata l'omissione da parte dell'autorità giudiziaria nel procedere all'ascolto del minore.

Da segnalare anche l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che prevede che l'interesse del minore deve essere considerato preminente in tutti gli atti che li riguardano ed annovera il diritto del minore ad esprimere liberamente la propria opinione sui procedimenti che lo riguardano tra i diritti fondamentali riconosciuti dall'unione e si prevede ancora che tale opinione debba essere presa in considerazione dalle autorità giudiziarie competenti.

¹¹⁵ (Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in Fam. e dir. 2002, 229 con osservazioni di TOMMASEO, Giudizi camerali di potestà e giusto processo; in Foro.it., 2002,I,3302, con nota di A.PROTO PISANI, Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile)

Nonostante i veri interventi settoriali e frammentati del legislatore che disciplinavano in maniera diversa e con limiti di età differenti il suddetto procedimento di audizione e l'adesione alle convenzioni internazionali che sanciscono il diritto inviolabile all'ascolto del minore, si registrava una prassi contraria a procedere a tale audizione da parte delle varie giurisdizioni.

Inoltre si discuteva in ordine all'enunciato previsto dall'art. 155-sexies c.c. poiché la formulazione del suddetto articolo non faceva supporre un'obbligatorietà di tale audizione e di conseguenza una relativa sanzione al mancato svolgimento di quest'ultimo.

La norma utilizza nella prima parte della disposizione il verbo “può” e nella seconda parte utilizza invece il verbo “dispone”, e l'utilizzo del tempo verbale all' indicativo, senza peraltro utilizzare un verbo servile, non faceva presupporre un obbligo in capo al giudice, al contrario veniva sostenuto da alcuni autori¹¹⁶ che la prima parte della disposizione utilizzando il verbo “può”, presupponeva un intervento discrezionale del giudice nella scelta di porre in essere l'attività istruttoria, al contrario della seconda parte dell'enunciato, dove il verbo “dispone” faceva presupporre per un intervento obbligato da parte di quest'ultimo soggetto nel predisporre l'audizione del minore.

La problematica concerneva anche il fatto che l'obbligatorietà diritto del minore ad essere ascoltato era previsto dall'art. 155-sexies c.c. solo per alcuni procedimenti ed anche se la legge del 2006 prevedeva l'estensibilità ai procedimenti di divorzio, di nullità del matrimonio e i procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, si controverteva in ordine all'estensibilità in ordine agli altri procedimenti inerenti la tutela della prole (ad esempio i procedimenti di revisione o modifica delle condizioni di separazione ex. art. 710.c.p.c.)

La Cassazione con una recente pronuncia¹¹⁷ in merito a tale tematica volgeva a mettere ordine nel suddetto ambito in riferimento soprattutto alle differenti interpretazioni che ritenevano discrezionale l'ascolto del minore, stabilendo che nel nostro ordinamento vige il principio dell' obbligatorietà dell'audizione del minore che ha un' ambito generale di applicazione e non è quindi ristretto solamente ad alcuni procedimenti che espressamente lo prevedono; nel caso specifico si riteneva dunque applicabile tale regola ai procedimenti ex. art. 710.c.p.c.

La Corte sosteneva che tale obbligo vige nel nostro ordinamento per effetto della ratificazione della Convenzione europea di Strasburgo del 1996 che all'art. 6 sancisce il diritto inviolabile del minore ad

¹¹⁶ (CAMPESE, L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo, in Fam. e dir., 2011, 961)

¹¹⁷ (Cass.civ.,sez.un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in Fam. e dir. 2010, 364 con commento di A.GRAZIOSI, Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo)

essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano e solo in caso di contrarietà al preminente interesse del minore si poteva evitare l'audizione del medesimo.

La Corte pur non riconoscendo al minore la qualifica di parte processuale, riteneva che quest'ultimo fosse titolare di interessi riconosciuti e tutelati dal nostro ordinamento e per questo motivo doveva essergli attribuita la qualifica di parte sostanziale.

Il mancato ascolto del minore comportava la nullità del giudizio poiché la violazione del suddetto obbligo violava il principio del contraddittorio e del giusto processo e inoltre veniva prescritto un obbligo di motivazione da parte del giudice nel caso pervenga alla conclusione che l'audizione del minore sia contraria all'interesse di quest'ultimo.

In ordine alle modalità di ascolto la normativa del 2006 sull'affidamento condiviso non predisponendo nessuna indicazione in merito; si rimetteva il tutto alla prassi degli organi giudiziari che avevano prospettato delle modalità come ad esempio l'ascolto diretto da parte del giudice o l'ascolto indiretto da parte del consulente tecnico d'ufficio, di un psicologo o da un esperto dell'infanzia, oppure si riteneva possibile l'audizione privata del minore da parte del giudice senza genitori e difensori. Mancando una normativa specifica tutte le modalità erano plausibili anche se nella prassi giudiziaria la modalità più utilizzata era da sempre quella dell'ascolto indiretto.

In riferimento alla qualificazione giuridica dell'audizione del minore si era prospettato che quest'ultima dovesse rientrare nella categoria dei mezzi istruttori, qualificandolo come mezzo istruttorio atipico ad esperimento necessario, ma questa prospettazione non sembrava la soluzione più plausibile poiché l'audizione essendo strumentale alla conoscenza dell'opinione del minore al fine della valutazione da parte del giudice della migliore soluzione al raggiungimento delle esigenze del figlio minore, non si prestava alle rigide regole dell'assunzione dei mezzi probatori.

L'audizione del minore era da qualificare alla stregua di un mero atto processuale finalizzato a garantire l'esercizio del diritto del minore a dar voce alla sua opinione.

La novella del 2012 ha introdotto l'art. 315-bis.c.c., il quale prevede che “il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano”.

La legge n. 219/2012 inoltre prevede all'art. 2, comma 1, lettera i, la delega al Governo per l'emanazione “della disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguate capacità di discernimento, precisando che, ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso debba provvedere il presidente del tribunale o il giudice delegato”.

Finalmente nel nostro ordinamento viene sancito il diritto del minore ad essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano, tale precetto era sempre stato recepito passivamente dalle Convenzioni internazionali ratificate dal nostro ordinamento e il legislatore aveva solamente prescritto l'obbligo dell'audizione del minore senza mai esplicitare chiaramente il diritto intangibile in capo a quest'ultimo di essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano direttamente.

Inoltre la normativa prevede esplicitamente che l'audizione del minore possa avvenire sia nell'ambito dell'udienza presidenziale che innanzi al giudice istruttore, dando una soluzione alle divergenti opinioni che ritenevano che l'ascolto del minore poteva avvenire solamente nell'udienza presidenziale e non nella successiva fase innanzi al giudice istruttore.

L'applicabilità dei provvedimenti d'urgenza ex. art. 700.c.p.c.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha stabilito la competenza del tribunale ordinario in ordine alle controversie concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli sia naturali che legittimi, realizzando una tutela processuale unitaria nei confronti della filiazione. Si dispone peraltro che in ordine alla risoluzione delle suddette controversie il giudice ordinario utilizzerà la procedura in camera di consiglio ai sensi degli art. 737.ss.c.p.c. in quanto compatibili.

La dottrina ha notevolmente criticato tale scelta poiché continuerebbe a sussistere una disparità di trattamento tra figli legittimi e figli naturali in ordine all'applicazione del rito, poiché ai figli legittimi è da sempre riservata la procedura più articolata nel giudizio di separazione e di divorzio strutturata in una fase presidenziale in cui vengono adottati dei provvedimenti provvisori e urgenti e in una successiva fase istruttoria dove viene garantito il rispetto del principio del contraddittorio.

Nelle controversie concernenti l'affidamento o il mantenimento dei figli naturali, ora devolute alla cognizione del giudice ordinario, mancando la fase presidenziale, alcuni autori si sono interrogati in merito alla disciplina dei provvedimenti provvisori e urgenti, poiché prima dell'intervento legislativo il tribunale specializzato pronunciava tali provvedimenti ai sensi dell'art. 336.c.c, in base al quale << in caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio>>.

Prima della riforma si argomentava in ordine alla disciplina applicabile ai provvedimenti provvisori ed urgenti, ovvero se fosse stato possibile estendere alla filiazione naturale la disciplina del rito di

separazione e di divorzio oppure se era altresì possibile applicare la disciplina della tutela cautelare atipica ex. art. 700.c.p.c..

La nuova formulazione dell'art. 38.disp.att.c.c. predisponendo l'utilizzo delle norme ex. art. 737.ss.c.p.c. in quanto compatibili, presuppone un'interpretazione in conformità della disciplina del rito di separazione e di divorzio, e visto l'intento unificatore della normativa alcuni autori hanno ritenuto possibile estendere l'applicazione della disciplina dei provvedimenti urgenti e provvisori ai sensi dell'art. 710.c.p.c.

Secondo alcuni autori¹¹⁸ la soluzione possibile è una scelta tra l'applicazione dell'art. 336.c.c., supponendo che tale articolo sia applicabile ai procedimenti ex. art. 317-bis.c.c, e l'applicazione in via analogica dell'art. 710, terzo comma c.p.c.

Un'altra parte della dottrina sin da prima della riforma del 2012 auspicava l'applicazione del procedimento cautelare uniforme per tutelare le esigenze urgenti dei minori.

Alcuni autori¹¹⁹ ritengono che l'estensione della tutela cautelare ex. art. 700.c.p.c ai figli naturali è il corollario della piena equiparazione tra figli legittimi e naturali poiché non solo la richiesta di provvedere all'affidamento e al mantenimento dei figli minori essendo volta a tutelare situazioni giuridiche che corrispondono a beni primari tutelati dall'ordinamento giuridico e per tale ragione non possono essere procrastinate troppo a lungo senza incorrere a dei gravi pregiudizi, soddisfa pienamente il requisito della strumentalità cautelare richiesto dalla norma, ma risponde anche all'esigenza di rendere una tutela unitaria alla filiazione poiché garantisce l'utilizzo degli stessi strumenti processuali sia da parte dei figli legittimi che dai figli naturali.

I figli legittimi beneficiano dei provvedimenti provvisori ed urgenti emanati nella fase presidenziale nell'ambito del giudizio di separazione o di divorzio e in relazione a quest'ultimi è stata sempre esclusa la possibilità dell'emanazione dei provvedimenti ai sensi dell'art. 700.c.p.c poiché è sempre stata sostenuta la preclusione della suddetta disciplina nel caso in cui la legge abbia predisposto una specifica normativa dei provvedimenti provvisori ed urgenti designando anche il giudice competente ad emetterli che nel caso specifico è stato individuato nel presidente del tribunale, la cui figura è insostituibile, essendo finalizzato all'esperimento del previo tentativo di conciliazione dei coniugi. Mancando il requisito della sussidiarietà previsto dall'art. 700.c.p.c., ovvero il presupposto della

¹¹⁸ (DE MARZO, Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali; in Foro.it, 2013,V,12)

¹¹⁹ (A.GRAZIOSI, Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario, in Fam.e dir., 2013,273)

lacuna di un specifico provvedimento tutelare tipico, si ritiene pertanto inapplicabile tale provvedimento al giudizio di separazione e divorzio.

In riferimento alla possibilità di applicare alle suddette ordinanze presidenziale la disciplina del rito tutelare uniforme si è ritenuto inapplicabile tale normativa poiché in base all'enunciato dell'art. 669 quaterdecies la disciplina del rito cautelare uniforme si applica ai procedimenti cautelari esistenti in base a una valutazione di compatibilità volta per volta della disciplina del provvedimento specifico in esame con la normativa introdotta dalla l. 26 novembre 1990, n. 353 e operando tale comparazione la disciplina delle ordinanze presidenziali precluderebbe l'applicazione del rito camerale uniforme in riferimento alla particolare e organica disciplina prevista dal legislatore in questo ambito.

L'obiezione maggiore all'applicabilità del rito camerale uniforme consisteva nell'impossibilità di applicare l'art. 669-novies che sancisce l'inefficacia del provvedimento cautelare uniforme in caso della mancata proposizione del successivo giudizio di merito, poiché per le ordinanze presidenziali l'art. 189 disp. att. c.p.c. prevede che conservino efficacia anche in caso di estinzione del relativo giudizio. Con l'intervento del legislatore con la l. 80/2005 si è previsto una strumentalità attenuata per i provvedimenti d'urgenza ex. art. 700.c.p.c e i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, stabilendo la non obbligatorietà dell'instaurazione del successivo giudizio di merito poiché quest'ultimi mantengono la loro efficacia anche in mancanza della proposizione del giudizio di merito, ma nonostante ciò, sempre in ragione della specificità delle ordinanze presidenziali si ritiene pur sempre inapplicabile tale disciplina anche perché da una parte si tende a negare che i suddetti provvedimenti abbiano natura cautelare, ritenendo che si tratti di provvedimenti sommari emanati nel corso di un giudizio ordinario di cognizione; essendo volti a regolare in via provvisoria la disciplina dei rapporti familiari che può essere confermata o negata dalla sentenza definitiva.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritari sono state da sempre contrarie all'applicazione dell'art. 700.c.p.c nell'ambito del giudizio di separazione e di divorzio e con la nuova riforma si spera in un ripensamento in merito a questa tematica, soprattutto in relazione ai figli naturali la cui disciplina da sempre è stata rimessa all'applicazione dell'art. 336.c.c., il quale al terzo comma prevede l'attribuzione della facoltà in capo al giudice di emanare dei provvedimenti urgenti e provvisori e anche se tale potere è previsto in materia del procedimento dei provvedimenti di potestà ex. artt. 330 e 333.c.c., si è sempre ritenuto estensibile anche al procedimento ex art. 317-bis.c.c, in tema di affidamento dei figli naturali.

In relazione all'art. 336. c.c. erano state proposte una serie di questioni di legittimità costituzionale¹²⁰ in riferimento alla procedura camerale utilizzata nell'ambito dei procedimenti de potestate, ma tali dichiarazioni erano state dichiarate inammissibili dalla Corte Costituzionale¹²¹.

Una delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 336. c.c. verteva sulla mancanza della previsione in cui si stabilisce che dopo la pronuncia dei provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse del figlio, entro trenta giorni a pena di decadenza si debba instaurare il contraddittorio con le parti in merito alla conferma, revoca o modifica di quest'ultimi provvedimenti.

La Corte Costituzionale dichiarò inammissibile la questione sul presupposto che il giudice ad quo avrebbe dovuto operare un'interpretazione in maniera tale da specificare se a tali provvedimenti ex art. 336.c.c. sia possibile applicare la disciplina del rito cautelare uniforme ex art. 669-sexies, secondo e terzo comma, oppure la disciplina del rito camerale ex artt. 737.ss.c.p.c.

La Corte Costituzionale con la suddetta ordinanza ha ritenuto che al procedimento ex art. 336.c.c. si debba applicare la garanzia del principio del contraddittorio e in particolare la disciplina dell'art. 669-sexies.c.p.c. e in particolare la previsione al secondo comma del suddetto articolo che prevede che nel caso del provvedimento emesso inaudita altera parte il giudice fissi l'udienza di comparizione delle parti entro un termine non superiore a 15 giorni con l'assegnazione all'istante di un termine perentorio non superiore a 8 giorni per la notificazione del ricorso e del decreto.

Tali indicazioni non sono state seguite nella prassi dei vari tribunali per i minorenni in relazione all'ipotesi di emanazione di un provvedimento emanato in assenza di contraddittorio, assistiamo quindi a dei provvedimenti urgenti emanati d'ufficio dal giudice inaudita altera parte, senza l'instaurazione di una successiva udienza in cui le parti possano instaurare il contraddittorio.

A. Proto Pisani in un recente articolo¹²² auspica un intervento legislativo volto alla riscrittura dell'art. 336.c.c. in maniera tale da rendere applicabile a quest'ultimo procedimento la disciplina del procedimento cautelare uniforme.

L'autore ritiene che i provvedimenti ex art. 336.c.c. debbano essere disciplinati secondo il rito cautelare uniforme, quindi dovrebbe essere applicato l'art. 669-bis.c.p.c., riguardante la forma dell'atto introduttivo, l'art. 669-sexies, inerente al procedimento che si svolge inaudita altera parte, l'art. 669, sesto e settimo comma octies c.p.c. inerenti alla conservazione dell'efficacia del

¹²⁰ (Corte d'appello Genova 4 gennaio 2001, in Fam.e.dir., 2001, 308; Corte d'appello di Torino, 3 gennaio 2001, in Fam.e.dir., 2001,315)

¹²¹ (Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in Fam. e dir. 2002, 229 con osservazioni di TOMMASEO, Giudizi camerali de potestate e giusto processo)

¹²² (PROTO PISANI, La giurisdizionalizzazione dei processi minorili c.d potestate, in Foro it., 2013, V, 71 ss.)

provvedimento sommario nel caso in cui il processo ordinario di cognizione non venga instaurato o si sia estinto, l'art. 669-decies.c.p.c, relativo alla modifica e alla revoca del provvedimento, l'art. 669-duodecies.c.p.c, inerente all'attuazione del provvedimento, l'art. 669-terdecies.c.p.c, relativo al reclamo.

Inoltre l'autore ritiene che debba essere prevista la possibilità per i genitori e il pubblico ministero di poter instaurare un ordinario processo di cognizione dopo la conclusione del procedimento ex. art. 336.c.c, e fondamentalmente deve essere eliminato il potere di agire d'ufficio in capo al giudice, e deve essere anche previsto un divieto in capo a quest'ultimo soggetto di produzione e utilizzazione delle relazioni dei servizi sociali, poiché quest'ultime risultanze essendo state assunte e redatte senza la previa instaurazione del contraddittorio dovrebbero essere destinate solo al pubblico ministero, il quale in un secondo momento potrebbe riversarle nel processo come fonte di prova.

Si sottolinea che al pubblico ministero dovrebbe essere conferiti quegli ampi poteri d'indagine che sono attualmente di spettanza del giudice minorile, dovrebbe infatti avere il potere d'iniziativa del suddetto procedimento, di ricerca della prova e di essere il solo destinatario delle relazioni dei servizi sociali.

Infine l'autore auspica che venga prevista la difesa d'ufficio dei genitori che non abbiano un difensore e che venga finalmente prevista una soluzione in merito alla problematica della rappresentanza e della difesa tecnica del minore.

Riassumendo brevemente l'autore ritiene che i procedimenti ex. art. 336.c.c debbano essere previamente trattati con il rito cautelare uniforme e successivamente debba essere fatta salva la possibilità in capo alle parti e al pubblico ministero di poter instaurare un successivo giudizio con il rito ordinario.

Con la l. n. 219/2012 essendo stata devoluta la competenza al tribunale ordinario in merito alle controversie inerenti alla filiazione sia legittima che naturale, auspicando che l'eliminazione della distinzione terminologica comporti non più soltanto un'equiparazione sul piano formale ma anche un trattamento processuale unitario, si ipotizza che essendo applicabile a tali controversie il rito camerale per espressa previsione del novellato art. 38.disp.att.c.c, si possa estendere in via analogica i provvedimenti provvisori ex. art. 710.c.p.c emanati nell'ambito del giudizio di revisione delle condizioni di separazione, rendendo così la medesima tutela sia ai figli naturali che a quelli legittimi, non avendo previsto un chiaro e preciso intervento in favore dell'applicazione dell'art. 700.c.p.c. che sarebbe di certo la miglior soluzione in vista della realizzazione di una disciplina più organica e sistematica.

Riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale minorile: La Corte di Cassazione aveva già precorso i tempi

La Corte di Cassazione con quattro ordinanze nel 2011¹²³ aveva anticipato la soluzione del riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale minorile prima della novella n. 219/2012.

Il tribunale per i minorenni di Brescia dichiaratosi incompetente in favore della competenza al tribunale ordinario, aveva sollevato la questione di competenza ai sensi dell'art. 45.c.p.c. alla Corte di Cassazione, in relazione ai limiti di competenza del giudice ordinario in sede di separazione e di divorzio, riguardo all'ipotesi di comportamenti pregiudizievoli del genitore a danno dei figli minori ai sensi dell'art. 333.c.c. attribuito alla competenza esclusiva del tribunale per i minorenni.

La Corte di Cassazione in anticipo alla novella del 2012 aveva già individuato il giudice competente in relazione alla fattispecie prospettata dall'art. 333.c.c., stabilendo che seppure il suddetto provvedimento rientrava nella competenza esclusiva del tribunale per i minorenni, il giudice ordinario nell'emanazione dei provvedimenti relativi alla prole, ai sensi del novellato art. 155.c.c dalla legge n. 54/2006 può decidere ultra petitem (ma anche prima della suddetta riforma era ammissibile ciò) in riferimento al preminente interesse del minore.

La Corte di Cassazione nella motivazione richiamava una precedente statuizione in cui veniva affermata la competenza del giudice ordinario in sede di separazione dei coniugi (principio estensibile anche al giudizio di divorzio e di annullamento del matrimonio) in riferimento alla facoltà di affidare il minore ai servizi sociali qualora si sia accertata l'inidoneità dei genitori, stabilendo così un principio inverso rispetto all'orientamento giurisprudenziale precedente che affermava che tale competenza era esclusivamente riservata al tribunale per i minorenni ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c.

La Corte richiamando tale precedente orientamento estende tale principio anche nel giudizio di modifica o revisione delle condizioni di separazioni

La Corte evidenziava inoltre che non era affatto semplice distinguere dall'atto introduttivo del giudizio se la modifica delle condizioni di separazione fosse fondata su aspetti pregiudizievoli all'interesse del minore o al contrario fosse basata solo su motivi personali o economici dei genitori. Nella motivazione adotta si affermava una competenza residuale del tribunale specializzato nel caso in cui il giudizio ex. art. 333 fosse stato proposto dal pubblico ministero o dai parenti, non essendo legittimati ad intervenire nel giudizio di separazione e di divorzio.

¹²³ (Cass.civ.,sez.VI, 5 ottobre 2011, n. 20352,20353,20354,20357, in Fam. e dir., 2013, 494, con commento di ASTIGGIANO; Cass.civ.,sez.VI,ord. 5 ottobre 2011, n. 20352 in Foro.it, 2013,I,333 con nota di POLISENO)

La Corte nelle suddette ordinanze richiamava anche il principio di concentrazione della tutela processuale enunciato dalla Cassazione nell'ordinanza n. 8362 del 2007, ribadendo il principio per cui nelle questioni concernenti l'applicazione delle norme processuali, la soluzione non deve essere solamente basata su una coerenza logica-concettuale ma è essenziale anche guardare l'impatto operativo concreto di quest'ultime, poiché il frazionamento della competenza in capo ai suddetti organi giudiziari costringerebbe il genitore all'instaurazione di due procedimenti che in via teorica potrebbero essere devoluti alla cognizione di un solo giudice comportando così la garanzia della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 111.Cost.

L'opportunità mancata di istituire una sezione specializzata per le controversie in ambito familiare

Sin dalla riforma del 1975 si discuteva in ordine all'istituzione di una sezione specializzata che avrebbe avuto la cognizione in ordine a tutte le controversie inerenti la famiglia, mettendo così fine alla ripartizione delle competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario.

La riforma è stata oggetto di vari disegni di legge ma è sempre stata disattesa e rimandata dal legislatore per un motivo o per un altro, limitando l'intervento solamente ad alcuni settori e per giunta mancando il più delle volte un coordinamento tra i vari interventi, rendendo così sempre di più frammentario e complesso il sistema di tutela della famiglia.

Da un lato abbiamo il tribunale ordinario competente nelle cause di separazione e di divorzio dei relativi provvedimenti a tutela della prole legittima, dall'altro lato il tribunale per i minorenni competente in tema di affidamento della prole naturale e nonostante l'intervento della Cassazione con l'ordinanza n. 8362/2007 in cui si stabiliva che in virtù del principio della concentrazione delle tutele processuale e del nuovo enunciato dell'art. 155.c.c, il tribunale per i minorenni era competente anche in relazione ai provvedimenti di natura patrimoniale dei figli naturali, la giurisprudenza era costante nel non devolvere a quest'ultimo organo la competenza in ordine al provvedimento di mantenimento,

ritenendo che l'attribuzione della suddetta competenza appartenga al tribunale ordinario ai sensi dell'art. 148.c.c.

La novella del 2012 è intervenuta nel riparto delle competenze tra tribunale minorile e tribunale ordinario, devolvendo a quest'ultimo la maggior parte dei provvedimenti inerenti la prole sia naturale che legittima ma ha lasciato innumerevoli perplessità in relazione soprattutto alla scelta del rito adottato, ovvero il rito camerale, la deroga di competenza estesa solo ad alcune fattispecie, la perdurante attribuzione dei procedimenti de potestate in capo al tribunale specializzato; problematiche inerenti più che altro ad una mancata riforma unitaria delle disposizioni normative inerenti la tutela della famiglia.

Successivamente analizzeremo alcuni disegni di legge che proponevano l'istituzione di un organo specializzato ad hoc per le controversie concernenti la famiglia, l'unica soluzione che potrebbe risolvere i dubbi e i molteplici inconvenienti che questa ripartizione di competenze ha contribuito a creare negli anni precedenti ma che purtroppo per un motivo o per un altro non è mai andato a buon fine.

La nuova normativa devolvendo gran parte delle competenze al tribunale ordinario ha contribuito a frammentare la tutela giudiziaria in ambito familiare?

La l. n. 219/2012 con la modifica dell'art. 38.disp.att.c.c ha devoluto alla competenza del giudice ordinario gran parte delle competenze attribuite precedentemente al tribunale per i minorenni con l'intento di unificare la giurisdizione civile nell'ambito della filiazione senza creare una disparità di trattamento tra figli nati fuori dal matrimonio e figli nati nel vincolo matrimoniale.

L'intento sotteso alla novella del 2012 è degno di apprezzamento ma sono molte le lacune all'interno della giustizia minorile in cui la suddetta legge non è intervenuta.

Un primo aspetto da sottolineare è che la novella ha ampliato le competenze del tribunale ordinario senza prevedere allo stesso tempo un ampliamento dell'organico del suddetto organo giudiziario, con la conseguenza di un probabile aumento del carico di lavoro della prima sezione civile del tribunale. Essendo stato previsto il rito camerale in merito alle suddette controversie ora devolute alla competenza del giudice ordinario, una scelta criticabile sotto molti aspetti da parte della dottrina, si prevede che debba essere fissata sin dall'inizio un'udienza collegiale, e nella prassi della prima sezione

civile del tribunale ordinario viene fissata un'udienza collegiale alla settimana con un carico di lavoro comprendente all'incirca 25 fascicoli, con il recente aumento delle competenze si prevede che non sarà sufficiente una sola udienza alla settimana, con il conseguente aumento degli incarichi della cancelleria e dei tempi lavorativi dei giudici, si arriverebbe così ad allungare notevolmente le tempistiche già ampiamente dilazionate dei giudizi.

Il presidente della prima sezione civile del Tribunale di Foggia¹²⁴ ha delineato una proposta organizzativa in cui si prevede che la fase introduttiva e quella relativa all'assunzione dei mezzi istruttori sia devoluta a un giudice delegato dal collegio, mentre quest'ultimo verrà investito solo della fase decisoria, di conseguenza in base al seguente modello procedurale nel caso in cui si debba decidere in merito alle risultanze istruttorie o si debba definire il giudizio, il giudice delegato investirà il collegio della relativa questione senza la necessità di fissare un'apposita udienza collegiale.

Inoltre si propone di applicare la deroga di competenza dei procedimenti ex. art. 333.c.c. in caso di pendenza del giudizio di separazione e di divorzio o del giudizio ex. art. 316.c.c, solo nel caso in cui nei suddetti procedimenti si controverta sull'affidamento dei figli minori o su un provvedimento limitativo o ablativo della potestà, delimitando così l'ambito della deroga di competenza.

Essendo molteplici i procedimenti di separazione e di divorzio concernenti solamente questioni di natura economica si perviene quindi a un minore carico dei lavori.

I problemi molteplici sono proprio derivati dalla cosiddetta deroga di competenza prevista dall'art. 38, primo comma disp.att.c.c. di cui tratteremo successivamente in maniera più specifica, ma qui basti notare che la suddetta tecnica legislativa comporta numerosi dubbi.

Si prevede che in pendenza del giudizio di separazione e di divorzio o del procedimento ex. art. 316.c.c il tribunale ordinario possa emanare i provvedimenti ex. art. 333.c.c, ovvero dei provvedimenti limitativi della potestà genitoriale; la prima questione applicativa riguarda il motivo della mancata esclusione dei procedimenti ex. art. 330 dalla suddetta deroga di competenza, poiché non è affatto pacifica la disposizione successiva dell'articolo in questione “in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario”, da una prima lettura sembra che il legislatore abbia voluto devolvere i provvedimenti spettanti al tribunale per i minorenni alla cognizione del tribunale ordinario in caso di pendenza dei suddetti procedimenti, quindi rientrerebbe in questi provvedimenti anche l'art. 330.c.c, ma non si vede il motivo per cui il legislatore abbia voluto

¹²⁴ (CEA, Trasferimento del contenzioso dal giudice minorile al giudice ordinario ex l.219/12 proposta organizzativa del presidente della prima sezione civile, in Foro.it.,2013,V,116)

prima specificare la previsione dei provvedimenti ex. art. 333.c.c e poi successivamente estendere tale deroga ai restanti provvedimenti con un'ambigua e poco chiara enunciazione.

Inoltre nel caso sia pendente il giudizio di separazione e di divorzio che è un processo speciale solamente per quanto riguarda la fase introduttiva che si svolge innanzi al presidente del tribunale, la successiva fase di merito segue il modello procedurale del rito ordinario di cognizione, quindi essendo stata devoluta la competenza al tribunale ordinario in ordine alle controversie concernenti i minori secondo il modello camerale, quando si verifica la suddetta deroga di competenza durante la pendenza del giudizio di separazione e di divorzio, è dibattuto quale rito dovrà utilizzarsi al fine di emanare i suddetti provvedimenti sottratti alla competenza del tribunale specializzato.

Si è ipotizzato che essendo pendente il suddetto giudizio di separazione e di divorzio ed essendo questi provvedimenti appartenenti alla competenza di una differente autorità giudiziaria per un motivo inerente all'economia processuale si sostiene che si dovrebbe utilizzare il rito proprio del giudizio di separazione e di divorzio.

Una successiva questione attiene anche alla terminologia utilizzata dal legislatore la “pendenza del giudizio” ovvero se tale deroga di competenza debba essere applicata in tutti i casi di pendenza del giudizio di separazione e di divorzio, ma si ipotizza che tale vis attrattiva sussista solo nel caso non siano state ancora definite le questioni inerenti all'affidamento dei minori, poiché ove vi sia stata una sentenza non definitiva su tali questioni non può operare il trasferimento di competenza.

Molteplici sono le questioni tralasciate dal legislatore in sede di approvazione della novella del 2012, secondo molti autori sarebbe stato più opportuno devolvere al giudice ordinario la competenza in merito ai procedimenti di potestà ex. art. 330 e 333.c.c invece di operare una tale deroga di competenza che comporta numerosi dubbi applicativi, ma come altri hanno sostenuto la vera riforma auspicata sarebbe quella in merito all'instaurazione di un tribunale specializzato nelle controversie per la famiglia così da porre fine ai problemi interpretativi inerenti le questioni di competenza, evitando così anche un aggravio del carico di lavoro del tribunale ordinario.

In un recente commento¹²⁵ alla legge n. 219/2012 è stato evidenziato che le preoccupazioni maggiori in ordine a un aumento considerevole dei lavori dei giudici ordinari non sono così infondate poiché da un mero esame dei dati statistici si rileva che tra i sessantaquattromila procedimenti pervenuti ai vari tribunali per i minorenni (il dato è riferito all'anno 2011) solamente tredicimila all'incirca saranno quelli che passeranno al tribunale ordinario e saranno sempre all'incirca diciannovemila i

¹²⁵ (CEA, Trasferimento del contenzioso dal giudice minorile al giudice ordinario ex l.219/12 proposta organizzativa del presidente della prima sezione civile, in Foro.it.,2013,V,116)

provvedimenti restanti di competenza del tribunale specializzato che probabilmente verranno attratti nella competenza del tribunale ordinario. Infatti viene in rilievo sempre di più la questione sull'opportunità o meno di istituire una sezione specializzata in merito alle controversie sulla famiglia.

Recenti disegni di legge

Il tribunale per la famiglia¹²⁶ è stato oggetto di vari disegni di legge susseguitisi nel tempo, sin dall'introduzione del tribunale per i minorenni con il R.D.L. 20 luglio 1934, n.1404¹²⁷ era stato proposto in diversi progetti di riforma della giustizia minorile ma niente si tradusse in un qualcosa di concreto.

Il d.d.l. n.2517 presentato alla Camera dei deputati il 14 marzo 2002 recante misure urgenti e delega in materia di diritto di famiglia, proposto dall'allora ministro della giustizia Roberto Castelli proponeva la soppressione del tribunale per i minorenni e l'istituzione di sezioni specializzate presso i tribunali e le corti d'appello nell'ambito delle controversie familiari e minorili che sarebbero state composte esclusivamente da magistrati togati, lasciando al tribunale per i minorenni la competenza solo in ambito penale. La Camera dei deputati deliberò la pregiudiziale di costituzionalità in relazione al disegno di legge presentato all'epoca, poiché era stato ritenuto approssimativo e incompleto, e inoltre non si poteva procedere all'abolizione del tribunale specializzato senza prima delineare specificamente a quale organo giudiziario sarebbero state attribuite le competenze del tribunale per i minorenni.

Nel 2007 la Commissione Bianca e il ministro Bindi ripropongono un progetto volto a istituire una sezione specializzata nell'ambito familiare con la previsione di una composizione mista di magistrati togati e esperti in materie infantili.

Il 20 gennaio 2010 il ministro Alfano promuoveva come obiettivo nella riforma dell'ordinamento giudiziario italiano anche il tanto atteso e discusso tribunale per la famiglia, ma ancora una volta non vi fu niente di concreto in attuazione di questi propositi.

¹²⁶(vedi G.AUTORINO, Il tribunale per le relazioni familiari: Una storia infinita, in Fam.e.dir.,2010,90) vedi anche (P.ANDRIA, Tribunale per i minori, dentro le improbabili abolizioni resta solo l'indifferenza; in Fam.e.minori,2011,2,8)

¹²⁷(R.d.l. 20 luglio 1934, n.1404 pubblicato in Gazz.Uff.,5 settembre 1934, n. 208, convertito in Legge 27 maggio 1935, n. 835 pubblicata in Gazz.Uff.,12 giugno 1935, n.137)

Nella relazione dell'anno giudiziario 2011 non vi era neanche un cenno alla tematica del Tribunale per la famiglia e neanche qualche riferimento alle problematiche del tribunale per i minorenni. L'associazione di magistrati per i minorenni e per la famiglia aveva discusso con il ministero della Giustizia in relazione a vari progetti dedicati specificati a questo progetto istitutivo delle sezioni specializzate per la famiglia, era stato infatti presentato uno studio progettuale di fattibilità elaborato da un gruppo di lavoro nominato dal Consiglio direttivo dell'associazione nell'anno 2008.

Nel d.lgs 13 dicembre 2010 n. 212 (decreto taglia-leggi) il tribunale per i minorenni era ricompreso nell'elencazione delle normative da abrogare ma venne in un secondo momento tolto ogni riferimento e la relativa inclusione venne attribuita a un <<mero errore informatico>>, peraltro plausibile visto che veniva riportato solamente il decreto regio istitutivo e non la successiva legge di conversione.

La stessa vicenda accadeva con il D.L. 25 luglio 2008, n.112 (in materia di semplificazione normativa) dove il riferimento alla normativa del tribunale per i minorenni venne eliminato in un secondo momento a causa della previsione approssimativa e poco specifica. La confusione e l'indecisione del legislatore in questo ambito è sempre stata considerata riprovevole e inspiegabile da parte sia dalla dottrina che dalle varie organizzazioni di categoria.

Dottrina favorevole all'istituzione di una sezione specializzata per la famiglia

Sin dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 si auspicava un intervento del legislatore mirato all'istituzione di una sezione specializzata nell'ambito delle controversie concernenti la famiglia.

Sono molteplici gli interventi della dottrina a favore di un intervento del legislativo finalizzato all'istituzione del tanto atteso "Tribunale della Famiglia", il quale nonostante alcune proposte in sede parlamentare è sempre rimasto inattuato.

Vi sono molteplici interventi e proposte da parte della dottrina a favore di una riorganizzazione degli organi giudiziari volti a dirimere le controversie in ambito familiare.

Alcuni sostengono che sarebbe più opportuno un intervento mirato a un riassetto delle competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario in chiave più sistematica e razionale, devolvendo al tribunale ordinario le competenze in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli minori, lasciando al tribunale specializzato solamente delle competenze di natura amministrativa.

Altri¹²⁸ invece sostengono invece l'istituzione di un tribunale della famiglia, un organo specializzato in tutte le controversie inerenti l'ambito familiare, mentre altri invece propendono invece per l'istituzione di una sezione specializzata all'interno del tribunale ordinario.

La problematica di base concerne il fatto che da un lato abbiamo il tribunale ordinario che devolve le questioni inerenti alla famiglia in maniera causale ad una sezione o ad un'altra e in assenza di una specializzazione tratta le suddette controversie alla stregua di una controversia concernente ad esempio il diritto di proprietà, e come è stato evidenziato da molti, i giudici ordinari tendono a dare un'eccessiva importanza alla forma ed una minore attenzione alla difesa dell'interesse del minore; dall'altro lato abbiamo il tribunale per i minorenni che ritenendosi il vero garante dell'interesse del minore adotta una serie di provvedimenti alle volte esorbitanti la propria competenza finendo alle volte per esercitare un vero e proprio potere arbitrario¹²⁹.

L'istituzione di un organo specializzato¹³⁰ nelle controversie per la famiglia potrebbe comportare le stesse problematiche che albergano nel tribunale per i minorenni, finendo così per incrementare le stesse tendenze egemoniche che sono presenti in quest'ultimo organo e sarebbe più opportuno secondo alcuni istituire una sezione specializzata all'interno del tribunale ordinario.

Si spera infine in una scelta tra queste varie opzioni da parte del legislatore che non può continuare a rimandare una presa di posizione in questa tematica colma di incongruenze e lacune normative.

Il rito camerale per i figli naturali: Una disparità di trattamento?

Prima della riforma del 2012 l'art. 317-bis c.c. era l'unico procedimento applicabile alla tutela della prole naturale in ordine all'affidamento. Tale procedimento era devoluto alla competenza del tribunale per i minorenni che pronunciava i relativi provvedimenti in camera di consiglio secondo gli artt. 737.ss.c.c..

¹²⁸ (G. Morani in Dir.fam e pers., 2013, 746 e ss. <<il problema deve essere risolto, esclusivamente, con la costituzione di un organo giurisdizionale specializzato>>)

¹²⁹ (per una analisi più approfondita vedi DOGLIOTTI, i giudici della famiglia nel diritto italiano. in Fam. e dir. 2000, 81)

¹³⁰ (Dall'ongaro, La coscienza del giudice minorile: una sentenza che fa riflettere, in Dir.famiglia, 1986,194<l'istituzione del tribunale per la famiglia può diminuire, ma non eliminare del tutto quel frazionamento di competenze che è insopprimibile in ogni sistema e che invece è stato accresciuto da improvvisi interventi legislativi>>)

Il rito camerale è sempre stato oggetto di molteplici critiche da parte della dottrina poiché secondo alcuni autori la procedura in camera di consiglio è palesemente in contrasto con il principio del giusto processo disposto dall'art.111.Cost, essendo tale procedimento interamente rimesso alla discrezionalità del giudice.

L'art. 111.Cost prevede che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge e che ogni processo si svolge sul contraddittorio tra le parti, in condizione di parità davanti a un giudice terzo ed imparziale. Il “giusto processo” viene interpretato come il procedimento disciplinato dalla legge e non quindi un procedimento regolato da poche norme dal contenuto scarso che attribuiscono al giudice ampi poteri discrezionali.

A. Proto Pisani¹³¹ affermava in relazione all'art. 111.Cost che << “la formula regolato dalla legge” mi sembra che escluda la possibilità di considerare in regola con la Costituzione un modello processuale, nella specie quello previsto dagli art. 737.ss.c.p.c, in cui le uniche predeterminazioni legali attengono alla forma della domanda e del provvedimento finale del giudice, alla nomina del relatore, al potere di assumere informazioni e al reclamo. >>.

La Corte Costituzionale¹³² era stata più adita più volte in ordine alla incostituzionalità del rito camerale in relazione a ma aveva sempre dichiarato manifestamente infondata tale questione, dichiarando che era possibile effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme disciplinanti la procedura in camera di consiglio.

La Suprema Corte ha sempre affermato che la scelta discrezionale del legislatore in merito alla scelta del rito da adottare per la tutela giurisdizionale di diritti o status non rientra nel sindacato di legittimità costituzionale salvo l'ipotesi di scelte contrastanti specifiche norme costituzionali o vizzate da irragionevolezza.

La Corte venne adita specificamente dalla Corte d'appello di Genova in ordine alla disparità di trattamento della famiglia di fatto rispetto alla famiglia di diritto non solo per la questione dell'inadeguatezza del rito camerale ma soprattutto per la mancanza di un rito specifico in ordine alla tutela dei figli naturali ma la Suprema Corte non aveva preso atto di tale problematica e dichiarò inammissibili le questioni di legittimità prospettate per difetto di motivazione.

In relazione a tale contrasti dottrinali in merito all'inadeguatezza del rito camerale veniva da taluni prospettata una disparità di trattamento iniqua verso i figli naturali che non ricevevano la stessa tutela dei figli legittimi nell'ambito del giudizio di separazione e di divorzio.

¹³¹ (A.PROTO PISANI, Usi e abusi della procedura camerale ex. art. 737 ss c.p.c., in riv.dir.civ.,1990,I,393)

¹³² (Corte d'appello Genova 4 gennaio 2001, in Fam.e.dir., 2001, 308; Corte d'appello di Torino, 3 gennaio 2001, in Fam.e.dir, 2001,315)

Nell'ambito della procedura camerale veniva ravvisata una palese violazione del diritto di difesa delle parti, poiché nonostante la particolarità della causa che ha come oggetto l'affidamento dei figli minori oppure la limitazione o la decadenza della potestà genitoriale in cui l'interesse preminente del minore deve essere ampiamente tutelato e messo al centro dell'intera vicenda giudiziaria, non si può rilegare in un secondo piano o addirittura negare il diritto dei genitori a prendere atto di tutti gli atti processuali, sia di quelli assunti d'ufficio dal giudice e sia di quelli assunti dalle parti e di poter discutere di quest'ultimi.

La novella del 2012 non sembra che abbia preso atto di tale problematiche poiché ha ribadito che seppure la competenza sia devoluta al tribunale ordinario, quest'organo giudiziario deve utilizzare la procedura in camera di consiglio per le controversie concernenti i minori, rimarcando così la disparità di trattamento tra figli naturali e figli legittimi.

Si auspica pertanto un ripensamento da parte del legislatore in vista di una normativa che attribuisca anche ai figli naturali la procedura più garantistica del rito ordinario.

Alcuni pareri della dottrina.

L'art. 111.Cost dispone che <<la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge>> sancendo la riserva di legge nell'ambito della giurisdizione, imponendo quindi una predeterminazione delle regole disciplinanti il processo da parte della legge.

Alcuni autori hanno interpretato tale norma sostenendo che l'art. 111.Cost. dispone una riserva assoluta da parte della legge, imponendo dunque una rigida predeterminazione dello svolgimento del giudizio, ed escludendo così qualsiasi provvedimento discrezionale da parte dell'organo giudiziario, affermando di conseguenza che la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli status deve avvenire nell'ambito del processo ordinario di cognizione e dichiarando così l'illegittimità costituzionale della procedura in camera di consiglio ai sensi degli art. 737.ss.c.p.c., essendo un procedimento interamente rimesso alla discrezionalità del giudice in merito alle forme, ai termini e all'instaurazione del diritto al contraddittorio tra le parti.

Tale impostazione¹³³ è stata criticata da alcuni autori poiché non si comprende il motivo per cui l'art. 111.Cost imporrebbe che le controversie concernenti diritti soggettivi o status debbano essere tutelate solo attraverso il processo ordinario di cognizione, poiché all'interno dell'ordinamento giuridico vi sono presenti altri modelli processuali a cognizione piena come il rito speciale del lavoro o quello delle locazioni.

Inoltre è stato evidenziato che non appare chiaro neanche il motivo per cui solo la giurisdizione contenziosa debba essere tutelata attraverso il processo ordinario di cognizione mentre la giurisdizione non contenziosa (o giurisdizione volontaria) non debba rientrare in tale previsione.

Si ritiene pertanto che l'art. 111.Cost non imponga una riserva assoluta ma altresì una riserva relativa, potendo benissimo il legislatore delegare la tutela giurisdizionale dei diritti al rito processuale che ritiene più opportuno.

A prescindere dalla diatriba dottrinale sulla riserva assoluta o relativa della legge nella predeterminazione delle forme processuali, esaminando le norme disciplinanti il rito camerale, si può ravvisare immediatamente un'ampia e ingiustificata discrezionalità in capo al giudice camerale.

Il rito camerale è un procedimento interamente rimesso alla discrezionalità del giudice e le uniche previsioni legislative riguardano la previsione del ricorso come atto introduttivo, la nomina di un relatore nell'ambito del collegio, l'attribuzione in capo al giudice della possibilità di "assumere informazioni" e la forma del provvedimento finale ovvero un decreto motivato che può essere modificato o revocato in ogni momento.

La garanzia del giusto processo è stata interpretata come predeterminazione da parte del legislatore dei poteri doveri e facoltà processuali delle parti e come conseguenza di tale assunto un rito interamente rimesso alla discrezionalità del giudice come quello disciplinato dagli artt. 737.ss.c.p.c. è palesemente in contrasto con il principio del giusto processo.

Il rito camerale è disciplinato da una serie di norme dal contenuto minimo all'interno del codice di procedura civile che delineano più che altro uno schema di processo interamente rimesso alla discrezionalità del giudice in cui non viene prescritto niente in merito all'instaurazione del contraddittorio tra le parti, nessuna decorrenza dei termini tra la notifica del ricorso e l'udienza di comparazione delle parti, nessuna previsione neanche in ordine alla fase preparatoria del procedimento, tranne la previsione della nomina di un giudice relatore ove sia prevista la competenza

¹³³ (VIGNERA, Riserva di legge ex. art. 111, comma 1°, Cost. e rito camerale uniforme, in riv.trim. di dir. e proc. civ., 2012, 551)

del collegio come organo giudicante e non viene previsto nulla in merito alla fase istruttoria se non per la previsione dell'attribuzione in capo al giudice della facoltà di assumere informazioni.

La previsione dei poteri istruttori delineati dal terzo comma dell'art. 738.c.p.c. comporta degli ampi poteri inquisitori in capo al giudice e l'atipicità dei mezzi istruttori.

Inoltre il procedimento svolto nelle forme del rito camerale non è idoneo alla risoluzione di controversie incidenti diritti soggettivi o status, anche perché il provvedimento finale emesso dal giudice non ha l'attitudine formale e sostanziale del giudicato e quindi non è suscettibile del ricorso in Cassazione ex. art. 111, secondo comma Cost.

L'art. 742-bis.c.p.c. prevede che le disposizioni del rito camerale << si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato di persone>> anche se il codice di procedura civile non contempla l'utilizzo della terminologia “giurisdizione volontaria”, da sempre la disciplina degli artt. 737.ss.c.p.c. è stata ritenuta applicabile alle ipotesi di giurisdizione volontaria ovvero in quei casi in cui il giudice viene chiamato a svolgere una valutazione di opportunità in ordine alla gestione di interessi della fattispecie oggetto del giudizio.

Si tratta di poteri che il legislatore avrebbe potuto attribuire all'autorità amministrativa o ai privati, poiché non si tratta di una cognizione volta alla risoluzione di una controversia tra più soggetti concernente diritti soggettivi o status ma di una valutazione discrezionale degli interessi del soggetto richiedente la tutela.

Al giudice non è demandato l'accertamento dei diritti soggettivi e degli status, o la risoluzione delle controversie concernenti i medesimi, ma viene chiesta una valutazione di opportunità in merito alla gestione degli interessi di un soggetto che può essere un minore, un incapace, oppure può venire chiesta una valutazione in merito la gestione dei patrimoni separati, per fare un esempio l'art. 320.c.c. prevede che i genitori essendo i rappresentanti dei minori nell'amministrazione del patrimonio di quest'ultimi non possono alienare e dare in pegno i beni dei figli senza l'autorizzazione del giudice tutelare.

Nelle fattispecie rientranti nella tipologia della “giurisdizione volontaria” vi sono dei casi in cui il provvedimento del giudice si limita ad integrare gli effetti della fattispecie negoziale ed emana dei provvedimenti che non hanno ad oggetto un conflitto tra più parti, ma vi è solo una parte ovvero l'istante che demanda al giudice il suddetto provvedimento, come ad esempio nel caso dell'autorizzazione a compiere atti negoziali dei beni di minori, incapaci o gruppi, in cui il provvedimento del giudice è essenziale i fini del compimento della vendita del bene del minore o

dell'incapace, ma ci sono anche dei casi in cui il provvedimento del giudice incide direttamente sui diritti soggettivi o sugli status, come ad esempio la revoca della nomina del tutore o dell'amministratore di condominio, dove il diritto soggettivo del tutore o dell'amministratore cessa di esistere di fronte alla tutela del preminente interesse del minore, dell'incapace oppure del condominio. Nel caso della rimozione della nomina di tutore o amministratore il provvedimento camerale che ne determina la decadenza dalla carica è soggetto a revoca o modifica in qualsiasi momento ed è privo dell'efficacia formale e sostanziale del giudicato ma visto che tale provvedimento incide su dei diritti soggettivi, nell'ambito della giurisdizione contenziosa il legislatore deve sempre garantire la possibilità in capo al soggetto titolare del diritto inciso dal potere di gestione del giudice camerale di far valere la sua pretesa nell'ambito di un processo a cognizione piena dove però nel caso in esame il tutore o l'amministratore potranno solamente chiedere una tutela risarcitoria o per equivalente a fronte della mancanza della giusta causa di rimozione poiché la tutela specifica ovvero la reintegrazione nelle funzioni di tutore o amministratore può essere data solamente dal giudice camerale in sede di revoca del provvedimento.

Nel caso dei provvedimenti ablativi o limitativi di potestà siamo in presenza di un conflitto tra il genitore esercente la patria potestà e il figlio minore in cui a tutela del preminente interesse di quest'ultimo a non ricevere un pregiudizio dalla condotta del genitore, viene compresso o eliminato del tutto il diritto del genitore attraverso un procedimento svolto nelle forme del rito camerale e termina con un provvedimento revocabile e modificabile in ogni tempo che non ha l'attitudine al giudicato formale e sostanziale e di conseguenza è insuscettibile del successivo controllo da parte della Corte di Cassazione e in questo caso al genitore non è concessa la tutela giurisdizionale del suo diritto soggettivo nell'ambito di un successivo processo a cognizione piena dove può chiedere una tutela risarcitoria anche perché in questo caso siamo di fronte a delle situazioni giuridiche dal contenuto non patrimoniale che devono essere tutelate in forma specifica e non solamente con una forma di tutela risarcitoria.

A giustificazione di ciò viene affermato che il diritto del genitore all'esercizio della potestà cede di fronte alla tutela del preminente interesse del minore e nell'ambito di tali provvedimenti non saremo di fronte a un conflitto nel vero significato tecnico ma viceversa in questo caso specifico al giudice è demandato la tutela della gestione del preminente interesse del minore.

Un'altra interpretazione sostiene che nell'ambito dei procedimenti ablativi o limitativi della potestà non vi è come oggetto solamente la gestione degli interessi del minore ma anche la tutela giurisdizionale del diritto del genitore all'esercizio della potestà.

Secondo il parere della dottrina maggioritaria è irrinunciabile la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi o degli status attraverso un giudizio ordinario a cognizione piena, ed è ammissibile la previsione da parte del legislatore della tutela dei suddetti diritti attraverso una cognizione sommaria nell'ambito di un processo con un rito semplificato e poco garantista del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, ma deve essere sempre garantita una successiva tutela nell'ambito di un giudizio a cognizione piena.

Nell'ambito della giurisdizione volontaria in senso stretto dove il giudice non va ad incidere in maniera diretta sulle posizioni soggettive della parti è ammissibile e legittimo un procedimento celere e semplificato ma quando invece al contrario vengono necessariamente coinvolte ed incise delle situazioni di natura contenziosa è necessario che la parte lesa dal decreto camerale possa vantare l'illegittimità di tale atto nell'ambito di un ordinario processo a cognizione piena.

Nell'ambito dei procedimenti concernenti sia la gestione di interessi che la tutela giurisdizionali di diritti soggettivi o status il modello del rito camerale non è adeguato e la mancanza della possibilità di azionare un ordinario processo di cognizione è una grave lacuna del sistema.

Nell'ambito delle controversie concernenti i diritti dei figli naturali si sosteneva che in tali giudizi mancassero delle parti in senso tecnico poiché anche essendoci un conflitto tra diritti contrapposti, il diritto del genitore cederebbe di fronte al preminente interesse del minore, e quindi non saremo di fronte a un vero giudizio contenzioso che necessiterebbe l'instaurazione di un contraddittorio tra le parti, ed essendo preminente la tutela dell'interesse del minore, non si ravviserebbe una lesione dei diritti del genitore alla mancata instaurazione del diritto al contraddittorio.

Ma tale concezione delle controversie concernenti i minori fondanti su un ruolo arbitrario del giudice, il quale può esercitare ampi poteri discrezionali a garanzia del preminente interesse del minore non si può più sostenere alla luce delle garanzie espresse dalla Costituzione agli artt. 2 e 30 e dalle varie Convenzioni internazionali, come la carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea al part. art. 14, terzo comma, 24, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione europea di Strasburgo del 1996 che sanciscono il principio per cui l'oggetto dei processi minorili riguarda la tutela di diritti fondamentali della persona e non la gestione di interessi.

Alcuni autori hanno sottolineato il fatto che nel procedimento ablativo o limitativo della potestà ex. artt. 330 e 333. c.c. e anche per quanto concerne l'esercizio della potestà dei figli naturali ex. art. 317-bis.c.c., attraverso la procedura in camera di consiglio ex. art. 737.ss.c.p.c si realizza una commistione tra la tutela dei diritti fondamentali del minore e del genitore e la gestione dell'interesse pubblico a far sì che non si concretizzi un pregiudizio per il minore.

La procedura in camera di consiglio è idonea per la trattazione delle situazioni rientranti nella giurisdizione non contenziosa ma non può essere utilizzata in delle situazioni rientranti nella giurisdizione contenziosa e soprattutto alla luce di un ripensamento del ruolo del minore non più mero oggetto della controversia ma come soggetto titolare di diritti fondamentali che devono essere tutelati dall'ordinamento in sede giudiziaria, di conseguenza una tutela sommaria rimessa interamente all'arbitrio del giudice non può continuare ad essere applicata.

Il legislatore come abbiamo visto nella novella del 2012 ha ritenuto invece di poter continuare ad applicare alle suddette controverse la procedura in camera di consiglio pur devolvendo tali competenze al tribunale ordinario.

La scelta può essere sindacata sotto molteplici aspetti ma si spera in un futuro intervento più sistematico e organizzativo in sede legislativa finalizzato a risolvere le molteplici lacune in questo settore del diritto che necessita di una maggiore attenzione.

La deroga di competenza per i procedimenti de potestate

Sommario

- 1** La proroga di competenza in favore del tribunale ordinario: la tecnica normativa utilizzata
- 2** La proroga opera in pendenza di un giudizio ex. art. 317-bis.c.c? Si può ritenere tacitamente abrogato quest'ultimo dal nuovo art. 315.c.c?
- 3** Il tribunale per i minorenni rimane competente per i provvedimenti ex. art. 330.c.c o si può configurare un'interpretazione estensiva del novellato art. 38.disp.att.c.c?
- 4** In ipotesi di modifica o revoca dei provvedimenti ex. art. 333.c.c qual è l'organo competente?
- 5** La vis attrattiva si realizza solo qualora i procedimenti siano pendenti <<tra le stesse parti>>?
- 6** Riunione dei procedimenti: alcune considerazioni sulla realizzazione del simultaneous process
- 7** La deroga di competenza opera soltanto laddove il procedimento sia <<in corso>>?
- 8** Protocollo d'intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale
- 9** Una riflessione sulle linee guide interpretative del tribunale per i minorenni sull'ambito applicativo dell'art. 38.disp.att.c.c.
- 10** I procedimenti de potestate sono esclusi dal ricorso straordinario ex. art. 111, settimo comma, Cost.
- 11** La Corte di Cassazione conferma recentemente l'inammissibilità del ricorso straordinario avverso i procedimenti de potestate.
- 12** La nuova normativa offre un ripensamento sulla questione dell'ammissibilità del ricorso straordinario?

La proroga di competenza in favore del tribunale ordinario: la tecnica normativa utilizzata

La legge n. 219/2012 (disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali) ha modificato l'art. 38.disp.att.c.c prevedendo al primo comma del seguente articolo << per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile; in tali ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario.>>.

La novella pur devolvendo al tribunale ordinario numerose competenze anteriormente spettanti alla competenza del tribunale per i minorenni, ha attribuito ancora una volta a quest'ultimo organo giudiziario la competenza in merito ai procedimenti de potestate ovvero l'art. 330.c.c. in materia di decadenza di potestà genitoriale, l'art. 333.c.c in merito alla limitazione della potestà in presenza di una condotta pregiudizievole del genitore, gli artt. 334 e 335.c.c in materia di rimozione e riammissione nell'esercizio dell'amministrazione dei beni del figlio.

La disposizione al primo comma dell'art. 38.disp.att.c.c. ha suscitato parecchie problematiche tra le quali, la prima riguarda la tecnica legislativa utilizzata dal legislatore, poiché anche tenendo presente che l'intento sotteso sia quello di realizzare un *simultaneus processus* nell'ambito dei procedimenti de potestate, che da sempre sono stati fonte di molteplici dubbi interpretativi in merito al giudice competente, la formulazione usata dal legislatore non è delle più chiare¹³⁴ poiché nel primo periodo si prevede che tale deroga di competenza si applichi esplicitamente e limitativamente all'art. 333.c.c. e successivamente nel secondo periodo si afferma che il tribunale ordinario è competente anche per i provvedimenti contemplati nel primo periodo, non si capisce quindi se è dato per certo il fatto che la deroga si possa estendere anche agli altri provvedimenti e soprattutto non è chiaro il perché di tale enunciazione potendo benissimo il legislatore utilizzare una tecnica che comportasse minori dubbi in sede interpretativa.

Alcuni autori¹³⁵ hanno ritenuto che l'interpretazione del secondo periodo del primo comma dell'art.

¹³⁴ (IMPAGNATIELLO, Profili processuali della nuova filiazione, riflessioni a prima lettura sulla L. 10 dicembre 2012, n. 219, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 4, 715; GRAZIOSI, Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario, in *Fam. e dir.* 2013, 263)

¹³⁵ (vedi DE MARZO, Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali, in *Foro.it*; 2013, V, 12; TOMMASEO, La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali, in *Fam. e dir.* 2013, 254; IMPAGNATIELLO, Profili processuali della nuova filiazione, riflessioni a prima lettura sulla l. 10 dicembre 2012, n. 219, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 4, 715)

38.disp.att.c.c maggiormente rispondente all'intento perseguito dal legislatore ovvero quello di realizzare una giurisdizione unica e non più frammentata per la filiazione sia legittima che naturale, sia quella che attribuisce la competenza del tribunale ordinario anche per i provvedimenti previsti al primo periodo del primo comma, sia perché la disposizione utilizza il plurale, come possiamo vedere dall'utilizzo dei termini “provvedimenti” e “disposizioni”, ed essenzialmente parrebbe priva di ogni logica un'interpretazione restrittiva che limiterebbe l'applicazione della vis attrattiva unicamente per i procedimenti ex.art.333.c.c.

La proroga opera in pendenza di un giudizio ex. art. 317-bis.c.c? Si può ritenere tacitamente abrogato quest'ultimo dal nuovo art. 315 bis. c.c.?

La deroga di competenza prevista dal novellato art. 38.disp.att.c.c prevede che in pendenza dei giudizi di separazione e di divorzio o di un giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c, la competenza dei provvedimenti inerenti la prole di spettanza del tribunale per i minorenni sia attratta dal tribunale ordinario in sede dei suddetti procedimenti.

Il presupposto della deroga di competenza è la pendenza di uno dei giudizi richiamati dal suddetto articolo, non sorgono particolari dubbi per quanto concerne i procedimenti di separazione e di divorzio, anche se vi è qualche voce discordante in merito, poiché è stato evidenziato in un recente commento alla novella¹³⁶ che la vis attrattiva non potrebbe essere applicata in pendenza di un giudizio di separazione consensuale, poiché è stato sostenuto che tale procedimento non è la sede idonea per lo svolgimento di un procedimento conflittuale come il procedimento ablativo o limitativo della potestà genitoriale e non si può peraltro sostenere che il procedimento di separazione consensuale si possa convertire in un procedimento di separazione giudiziale in seguito all'instaurarsi di un conflitto tra i coniugi.

Inoltre è stato messo in evidenza che l'utilizzo della terminologia “in corso” e “per tutta la durata del processo” sembrerebbe escludere che tale deroga di competenza possa essere applicata nel caso in cui la sentenza di separazione e di divorzio sia passata in giudicato e sia proposta una domanda

¹³⁶ (TOMMASEO, La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali, in Fam. e dir. 2013, 257)

concernente la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio ai sensi rispettivamente dell'art. 710.c.p.c e dell'art. 9 l. div.

Tenendo presente la ratio sottesa alla nuova disciplina sulla filiazione si propende per ritenere applicabile la deroga di competenza anche all'ipotesi di modifica o revisione delle condizioni di separazione.

La problematica maggiore attiene alla mancata previsione dell'art. 317-bis.c.c dall'elenco dei procedimenti per cui è possibile applicare la vis attrattiva. L'art. 316.c.c riguarda le ipotesi di controversie inerenti l'esercizio della potestà all'interno della famiglia legittima e in maniera speculare l'art. 317-bis c.c. ha ad oggetto l'esercizio della potestà per la filiazione naturale.

Il procedimento previsto dall'art. 317-bis.c.c è stato devoluto alla competenza del tribunale ordinario, mettendo fine ai problemi interpretativi che erano sorti dopo l'entrata in vigore della l. n.54 del 2006 in tema di affidamento condiviso in merito all'individuazione del giudice competente in merito all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali, ma non sembra ipotizzabile da una prima lettura della norma che la vis attrattiva si possa estendere anche in pendenza dei procedimenti ex. art. 317-bis c.c.

Come abbiamo già visto precedentemente alcuni autori¹³⁷ hanno prospettato che la normativa dell'art. 317.bis.c.c non è stata richiamata all'interno dell'art. 38.disp.att.c.c., poiché probabilmente in sede d'attuazione del decreto delegato da parte del governo, quest'ultima disposizione verrà abrogata, altri autori¹³⁸ invece sostengono che a seguito dell'entrata in vigore della suddetta normativa in tema di equiparazione tra figli legittimi e figli naturali, la disposizione è stata implicitamente abrogata per incompatibilità con i nuovi principi sanciti dal novellato art. 315-bis c.c., in tema di diritti e doveri del figlio, per cui ora le disposizioni dell'art. 316.c.c e 317.c.c sarebbero pacificamente estensibili a tutta la filiazione.

Prima dell'entrata in vigore della suddetta di normativa era ancora una questione controversa l'abrogazione tacita dell'art. 317-bis.c.c per incompatibilità con l'art. 155.c.c novellato dalla l.n.54 del 2006 che introduceva il principio per cui l'esercizio potestà viene esercitata congiuntamente da entrambi i coniugi anche dopo la cessazione della convivenza.

La Cassazione¹³⁹ con una importante pronuncia in merito al riparto di competenze tra il tribunale per

¹³⁷(VELLETTI, Il nuovo art. 38.disp.att.c.c e le ulteriori disposizioni a garanzia dei diritti dei figli, in Le nuove leggi civili commentate, 2013,3,596)

¹³⁸ (GRAZIOSI, Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario, in Fam. e dir. 2013, 263)

¹³⁹ (Cass.civ. Sez. I, 3 aprile 2007, n. 8362, in Fam. e dir., 2007, 5, 446 con nota di TOMMASEO)

i minorenni e il tribunale ordinario a seguito dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso del 2006, dichiarò che l'art. 317-bis.c.c non era stato implicitamente abrogato, ma il suo contenuto poteva essere arricchito dai nuovi principi sostanziali introdotti dalla normativa sull'affidamento condiviso in caso di conflitto tra i genitori in merito all'esercizio della potestà, quindi la normativa dell'art. 317-bis.c.c poteva benissimo coesistere con la disciplina prevista dall'art. 155.c.c.

Con l'entrata in vigore della l. n. 219/2012 tale interpretazione secondo alcuni autori¹⁴⁰ non è più sostenibile alla luce del novellato art. 315.bis.c.c, poiché non appare più giustificabile una differente disciplina in merito all'esercizio della potestà genitoriale.

L'art. 315.c.c introduce il principio dell'unità dello status giuridico di figlio e il seguente art. 315-bis.c.c introduce il principio per cui il figlio ha il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori a prescindere dal vincolo giuridico esistente tra quest'ultimi e quindi si deve ritenere come corollario che ai genitori coniugati o non debba essere applicato indistintamente l'art. 316.c.c in tema di esercizio della potestà genitoriale e il successivo art. 317.c.c in tema di impedimento all'esercizio della potestà.

Altri autori¹⁴¹ invece sostengono che non si può ritenere che la disposizione sia stata implicitamente abrogata poiché anche se appare giustificata l'esigenza di evitare una disparità di trattamento tra i figli naturali e i figli legittimi, le norme sulla competenza sono *strictae interpretationis* e il ricorso all'analogia può essere utilizzato per colmare delle lacune normative non per porre rimedio alle scelte discrezionali e discutibili del legislatore in sede di approvazione della legge.

Inoltre viene evidenziato che anche aderendo alla tesi per cui l'art. 317-bis.c.c è stato implicitamente abrogato per quanto concerne il secondo e il terzo comma per incompatibilità con la nuova disciplina sostanziale introdotta dalla l. n.54 del 2006, rimarrebbe in vigore il primo comma che regola l'attribuzione della potestà in base al riconoscimento, per cui le controversie sull'affidamento e il mantenimento dei figli naturali continuerebbero a presupporre l'applicazione del combinato disposto dell'art. 317-bis.c.c e della disciplina introdotta dalla legge sull'affidamento condiviso del 2006, anche perché non si spiegherebbe altrimenti il richiamo del secondo comma dell'art. 38.disp.att.c.c, il quale prevede che <<in materia di affidamento e mantenimento de minori si applicano gli artt.737.ss.c.p.c.>>, poiché tale assunto si riferisce ai procedimenti ex. art. 317-bis.c.c essendo i procedimenti riguardanti l'affidamento e il mantenimento dei figli naturali trattati secondo il rito di

¹⁴⁰ (vedi GRAZIOSI)

¹⁴¹ (TOMMASEO, La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali, in Fam. e dir. 2013, 251)

separazione e di divorzio, e i relativi procedimenti di revisione o modifica rispettivamente previsti dall'art. 710.c.p.c. e dall'art. 9. l. div. precedentemente subordinati alla procedura in camera di consiglio.

A prescindere dalle varie interpretazioni che si sono susseguite sin dall'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso del 2006 in merito all'abrogazione dell'art. 317-bis.c.c, il richiamo contenuto nella suddetta norma all'art. 316.c.c, per quanto riguarda l'ipotesi dell'esercizio della potestà dei genitori conviventi con il figlio riconosciuto da entrambi, potrebbe bastare per effettuare un'interpretazione estensiva a favore dell'applicabilità anche all'art. 317-bis.c.c della deroga di competenza in esame.

Inoltre un'interpretazione restrittiva della norma contrasterebbe con l'intento perseguito dal legislatore poiché l'esclusione dell'art. 317-bis.c.c dal novero dei procedimenti per cui si attuerebbe la vis attrattiva comporterebbe ancora una volta una scelta discriminatoria verso i figli naturali.

Il tribunale per i minorenni rimane competente per i provvedimenti ex. art. 330.c.c o si può configurare un'interpretazione estensiva del novellato art. 38.disp.att.c.c?

La deroga di competenza prevista dal primo comma dell'art. 38.disp.att.c.c come abbiamo visto precedentemente contempla espressamente l'art. 333.c.c nel primo periodo, richiamando successivamente nel secondo periodo gli altri provvedimenti.

La tecnica legislativa utilizzata è alquanto ambigua e di difficile spiegazione poiché se l'intento era quello di rendere applicabile la vis attrattiva in favore del tribunale ordinario a tutti i procedimenti contemplati dal novellato articolo di spettanza del tribunale per i minorenni, il legislatore avrebbe potuto utilizzare una formulazione più chiara e semplice.

Come abbiamo già visto l'interpretazione maggiormente rispondente all'intento perseguito dal legislatore è quella che estende l'applicabilità della deroga di competenza anche ai provvedimenti contemplati nel primo periodo del primo comma dell'art. 38.disp.att.c.c.

Non sono mancate delle opinioni contrarie¹⁴² a tale interpretazione estensiva che propendono invece per l'esclusione del suddetto provvedimento dalla deroga di competenza, poiché il provvedimento in esame ha un ambito applicativo più ampio del provvedimento ex. art. 333.c.c, il quale si limita ad operare una limitazione della potestà genitoriale, al contrario dell'art. 330.c.c che opera una totale soppressione del diritto soggettivo del genitore alla titolarità della potestà sul figlio, e tale particolarità del provvedimento è sempre stata ricordata dalla Corte di Cassazione, la quale ne aveva tratto il criterio differenziante la competenza tra il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario, statuendo che i provvedimenti ablativi o limitativi della potestà volti all'eliminazione di condotte pregiudizievoli all'interesse preminente del minore, anche in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio, sono attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni.

Tale orientamento deve essere certamente rivisto dopo l'entrata in vigore della novella del 2012, non potendo più essere riproposta un'interpretazione giurisprudenziale fondata su una ripartizione formalistica e poco attenta alla necessità di rispettare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, poiché secondo questo principio la statuizione finale emessa dal giudice deve essere coerente ed uniforme affinché il soggetto necessitante l'intervento giudiziario non subisca nel complesso dei provvedimenti disomogenei e disarmonici.

Tale principio deve essere maggiormente applicato nell'ambito della giustizia minorile, dove il minore necessita di una tutela immediata ed efficace, funzionale alla salvaguardia dei propri diritti ritenuti fondamentali dall'ordinamento e perciò non opera in maniera stringente il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, potendo benissimo il giudice decidere ultra petitem al fine di eliminare immediatamente il pregiudizio subito dal minore.

Si è rilevato infatti che i provvedimenti ex. art. 333.c.c, per il fatto che attribuiscono in capo al giudice la facoltà di emanare << secondo le circostanze dei provvedimenti convenienti >> si prestano ad una interpretazione estensiva che amplierebbe notevolmente l'ambito di applicazione della norma, ovvero consentirebbe al giudice il potere di adottare ulteriori provvedimenti rispetto alla mera previsione dell'allontanamento del genitore dalla casa familiare.

In una materia talmente specifica e particolare, come quella concernente la tutela del minore, una volta che al giudice è stata devoluta la fattispecie avente ad oggetto la condotta pregiudizievole del genitore, l'organo giudiziario deve essere messo nella posizione di poter ampliare la propria indagine al fine di rimuovere ogni possibile situazione causante il pregiudizio subito dal minore, perciò se

¹⁴² (vedi Protocollo d'intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale, in Fam. e dir., 2013, 6, 634)

viene rilevato che sussistono le ragioni per l’emanazione di un provvedimento ablativo della potestà ex. art. 330.c.c, il giudice ordinario deve essere autorizzato all’emanazione del suddetto, non potendo continuare ad avvalorare un’interpretazione fondata su una rigida e formalistica ripartizione attenta al dato letterale della norma, secondo a quale bisognerebbe trasferire il procedimento al tribunale per i minorenni, competente esclusivamente del provvedimento ablativo della potestà ex. art. 330.c.c.

In ipotesi di modifica o revoca dei provvedimenti ex. art. 333.c.c qual’ è l'organo competente?

Nell’ipotesi in cui venga richiesta la modifica dei provvedimenti ex. art. 333.c.c dopo la conclusione del procedimento di separazione o di divorzio nel quale vi è stata l’attrazione dei suddetti provvedimenti, viene in rilievo anche la questione in merito all’individuazione del giudice competente.

La disciplina prevista dal novellato art. 38.disp.att.c.c come abbiamo precedentemente esaminato, non prevede nulla in relazione alla fase dinamica della deroga di competenza, ma basandoci sul dato letterale della norma, la quale condiziona l’instaurarsi della vis attrattiva al presupposto che i procedimenti siano “in corso”, escluderebbe pertanto che una volta conclusi i procedimenti di separazione o di divorzio o il giudizio ai sensi dell’art. 316.c.c, la parte dovrebbe rivolgersi ulteriormente al giudice ordinario per la modifica o la revisione dei provvedimenti de potestate, dovendo ritenere invece che una volta venuto meno il presupposto fondante la suddetta deroga di competenza, i relativi provvedimenti siano rimessi alla cognizione del tribunale per i minorenni, che ritorna ad essere competente dei medesimi.

Si può pertanto giungere alla conclusione¹⁴³ che nel caso in cui la domanda proposta dalle parti concerna solamente dei fatti determinativi di condotte pregiudizievoli, la domanda sarà sottoposta all’attenzione del tribunale per i minorenni, non essendo più pendente il processo attrattivo della competenza, mentre nel caso in cui la domanda abbia un contenuto più ampio, e concerna delle questioni statuite nel relativo processo di separazione o di divorzio, la competenza spetterà al giudice ordinario.

¹⁴³ (DANOVI, I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile, in Fam. e dir. 2013, 6, 625)

Non essendo più pendente il procedimento attrattivo della competenza non vi è quindi la necessità di operare il meccanismo processuale previsto dal legislatore ed essendo ancora prevista la competenza in merito ai procedimenti de potestate al tribunale per i minorenni non vi è alcun dubbio in merito che dovrà essere proposta la domanda di revisione o di modifica innanzi a quest'ultimo organo giudiziario.

La vis attrattiva si realizza solo qualora i procedimenti siano pendenti <<tra le stesse parti>>?

Il novellato art. 38.disp.att.c.c prevede che << per i procedimenti di cui all'art. 333.c.c resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio, o giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c>>.

Un dubbio interpretativo è sorto in relazione alla terminologia “tra le stessi parti” poiché ai sensi dell'art. 336.c.c i procedimenti de potestate possono essere presi su iniziativa dei parenti e del pubblico ministero, al contrario nei procedimenti di separazione e di divorzio tale potere d'iniziativa è riservato solamente ai coniugi ed è previsto solamente l'intervento del pubblico ministero.

Il codice di procedura civile differenzia le ipotesi in cui il pubblico ministero è parte in senso formale del processo ed ha poteri d'iniziativa e le ipotesi invece in cui ha solo un potere d'intervento.

Nei procedimenti in cui il pubblico ministero ha il potere d'iniziativa ed è parte in senso formale, svolge la stessa attività concessa alle parti private, ovvero ha la facoltà di produrre mezzi istruttori e proporre domande con il solo limite di non poter compiere atti di disposizione del diritto, mancando la qualità di parte sostanziale. Nelle ipotesi in cui invece il pubblico ministero ha solo la facoltà d'intervenire, può solamente formulare delle conclusioni differenti da quelle proposte dalle parti, e inoltre non gli è attribuito il potere d'impugnazione.

Nei procedimenti de potestate il pubblico ministero è parte in senso formale mentre nei procedimenti di separazione e di divorzio ha il solo potere d'intervento, quindi secondo un'interpretazione restrittiva e attenta al dato formale non si potrebbe realizzare il simultaneus processus poiché il requisito <<delle stesse parti>> richiesto dall'art. 38.disp.att.c.c. mancherebbe a priori, essendo il pubblico ministero parte in senso formale nei procedimenti in esame.

In una recente pronuncia della Corte di Cassazione è stata messo in evidenza la contrarietà della

suddetta interpretazione, poiché è stata ritenuta troppo attenta al dato formale, dichiarando l'applicabilità dei procedimenti ex. art. 333.c.c da parte del giudice ordinario nell'ambito dei giudizi di separazione e di divorzio, in tale pronuncia però si riservava la competenza del tribunale ordinario nell'ipotesi in cui il potere d'iniziativa sia spettante ai parenti e al pubblico ministero.

Il dubbio interpretativo riguarda infatti l'ipotesi di una competenza residuale del tribunale per i minorenni nel caso in cui l'iniziativa processuale sia presa dal pubblico ministero o dai parenti, non avendo quest'ultimi i medesimi poteri processuali nei procedimenti di separazione o di divorzio, la soluzione interpretativa più attenta al rigore formale propende per ritenere sussistente la suddetta competenza a favore del tribunale per i minorenni nel caso in cui il ricorso sia proposto dai soggetti legittimati ex. art. 336.c.c, ma è stata proposta anche un'ulteriore soluzione che privilegia l'instaurarsi del *simultaneus processus* ai sensi del novellato art. 38.disp.att.c.c, ovvero si ipotizza che nel caso in cui sia pendente il giudizio di separazione o di divorzio e il pubblico ministero minorile intenda proporre il ricorso ex. art. 333.c.c, possa trasmettere gli atti al pubblico ministero ordinario al fine che quest'ultimo possa iniziare il procedimento in esame innanzi il giudice della separazione o del divorzio.

Tale interpretazione limiterebbe quindi la competenza del tribunale per i minorenni solo nel caso in cui il ricorso sia proposto dai parenti, essendo quest'ultimi non legittimati ad intervenire nei procedimenti di separazione e di divorzio, come da ultimo ricordato in una recente pronuncia ad opera della Corte di Cassazione.

Riunione dei procedimenti: alcune considerazioni sulla realizzazione del *simultaneus processus*.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha introdotto la deroga di competenza in relazione ai procedimenti de potestate (presumendo un'interpretazione estensiva in relazione al secondo periodo della norma) a favore del tribunale ordinario in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio o del giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c. Tale novella prevede un'incompetenza per materia per i provvedimenti ex.

art. 333.c.c a favore del tribunale per i minorenni, nel caso siano pendenti i suddetti procedimenti previamente elencati.

La normativa non prevede nulla in relazione alla fase dinamica della suddetta deroga di competenza, ovvero non prescrive niente in merito ai meccanismi processuali con cui attuare il trasferimento di competenza, all'ipotesi di cause di sospensione del procedimento innanzi al tribunale per i minorenni quando sia pendente il relativo giudizio di separazione o di divorzio, e infine non prevede niente neanche in relazione all'ultrattività del provvedimento ablativo o limitativo della potestà emesso dal giudice ordinario nel caso in cui il giudizio si estingua.

La problematica maggiore attiene all'ipotesi in cui il giudizio di separazione e di divorzio venga proposto dopo che sia stato instaurato un procedimento ablativo o limitativo della potestà genitoriale innanzi al tribunale per i minorenni, e nel relativo giudizio di separazione o di divorzio venga demandato dalla parte un provvedimento di potestà.

Alcuni autori ritengono¹⁴⁴ che l'applicazione della deroga di competenza violerebbe il principio della perpetuatio iurisdictionis previsto all'art. 5.c.p.c, per il quale la giurisdizione e la competenza devono essere individuate in ragione della legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e in forza di tale assunto non si potrebbe privare il tribunale per i minorenni della propria competenza funzionale sui suddetti provvedimenti sul presupposto della successiva instaurazione di un giudizio innanzi al tribunale ordinario.

Prima dell'entrata in vigore della suddetta disciplina modificatrice del riparto di competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni, alcuni giudici di merito avevano ipotizzato che in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio potesse operare il procedimento della continenza ex. art. 39.c.p.c. per le domande inerenti alla fattispecie limitativa dell'esercizio della potestà genitoriale, affinché si realizzasse un'unica trattazione in favore dell'economia processuale e soprattutto per evitare la sussistenza di un contrasto di giudicati.

Non essendo facilmente ipotizzabile l'applicabilità del procedimento di connessione ex. art. 40.c.p.c., poiché tale articolo si riferisce in maniera tassativa alle ipotesi previste dall'art. 31.c.p.c., la giurisprudenza di merito quindi aveva ipotizzato che il procedimento ex. art. 333.c.c potesse essere deciso nel merito dal giudice ordinario poiché il giudizio di separazione o di divorzio rappresentava un *quid pluris* rispetto a quest'ultimo, non potendo scindere facilmente la pronuncia sull'affidamento

¹⁴⁴ (IMPAGNATIELLO, Profili processuali della nuova filiazione riflessioni a prima lettura sulla l. 10 dicembre 2012, n. 219; in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 4, 721)

dei figli minori dalla sussistenza o meno di fatti pregiudizievoli che potessero comportare una pronuncia limitativa della potestà ex. art. 333.c.c di competenza del tribunale specializzato.

Secondo un'interpretazione restrittiva dell'istituto della continenza, quest'ultima si può configurare quando due giudizi con gli stessi soggetti e la stessa causa pendenti sono pendenti innanzi a due organi giudiziari differenti hanno un oggetto parzialmente identico ovvero una causa ha il petitum più ampio e contenente il petitum dell'altra causa, in altri termini tale interpretazione configura l'istituto della continenza alla stregua di una litispendenza parziale, i due giudizi sono formalmente identici se non per la parziale coincidenza dell'oggetto del giudizio.

Secondo un'altra interpretazione che ampia notevolmente l'applicabilità dell'istituto in esame, la continenza non ha solamente lo scopo di assicurare l'economia processuale ma ha anche ad oggetto la tutela dell'esigenza di limitare il contrasto tra giudicati, dunque tale concezione della continenza non si limiterebbe solamente a concepire l'istituto come una litispendenza parziale avente un oggetto quantitativamente diverso ma andrebbe a configurarla anche quando tra i due giudizi sussista un rapporto di pregiudizialità o d'interdipendenza, in conseguenza del fatto che le domande e le eccezioni proposte dalle parti siano in una posizione di alternatività o di contrapposizione essendo originate da un unico rapporto. La continenza per operare al fine della riunione dei giudizi richiede che il giudice di uno dei due giudizi sia competente per entrambe le questioni, non essendo lo strumento della continenza modificatore degli ordinari criteri di competenza ma assurge solamente all'individuazione del giudice di fronte al quale avverrà la riunione dei procedimenti.

Come si può vedere dal breve esame dell'istituto della continenza, tale strumento processuale non può essere utilizzato ampliandone notevolmente l'ambito poiché si deve pur sempre accertare che sussista un rapporto di pregiudizialità o d'interdipendenza tra le due cause, quindi se nell'ambito del giudizio di separazione o di divorzio non vengano richiesti dalle parti i provvedimenti ablativi o limitativi della potestà non può sussistere la continenza con il giudizio instaurato innanzi al tribunale per i minorenni ex. art. 330 o 333.c.c.

Con l'entrata in vigore della nuova normativa in relazione alla questione in merito all'applicabilità della vis attractiva nel caso in cui i relativi giudizi di separazione o di divorzio, e il giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c siano stati instaurati dopo l'inizio del procedimento ex. art. 333.c.c. innanzi al tribunale per i minorenni, ammettendo che sia possibile l'applicabilità della suddetta in deroga del principio della perpetuatio iurisdictionis, bisogna interrogarci in merito all'individuazione dello strumento processuale da utilizzare per la realizzazione della riunione dei procedimenti.

Secondo alcuni la soluzione sarebbe quella di applicare l'istituto della continenza ex. art. 39.c.p.c,

prevedendo quindi il dovere in capo al giudice minorile di fissare con termine perentorio la riassunzione della causa innanzi al giudice ordinario, oppure secondo altri si dovrebbe utilizzare l'art. 40.c.p.c in relazione alla riunione dei procedimenti nelle ipotesi di connessione previste dall'art. 31.ss.c.p.c., che prevede la facoltà in capo al giudice di operare una valutazione discrezionale caso per caso sulla possibilità di instaurare il *simultaneus processus*, e inoltre bisognerebbe verificare se il giudizio di separazione o di divorzio possa configurarsi come causa principale rispetto al relativo procedimento in merito alla potestà dei genitori e se entrambe le cause si trovino in uno stato tale da consentire la realizzazione dei procedimenti.

In entrambi gli strumenti processuali proposti come possibile soluzione si prevede che affinché si possa avere la trattazione innanzi il giudice ordinario, si presuppone l'attivazione delle parti, non potendo realizzarsi d'ufficio.

Rimettendo la riassunzione del giudizio all'iniziativa delle parti potrebbe comportare un'inutile allungamento dei tempi giudiziari, nonostante vi sia il pubblico ministero come parte processuale nei procedimenti de potestate, il quale potrebbe rimediare all'inerzia delle parti.

Una possibile soluzione è stata individuata prevedendo la facoltà in capo al giudice di trasferire d'ufficio gli atti all'organo giudiziari competente, al fine di rendere più celere la procedura e realizzare la riunione dei procedimenti in favore del principio di economia processuale e di effettività della tutela, una soluzione che in altri casi è stata avvalorata dalla Corte di Cassazione.

Secondo un'altra opinione¹⁴⁵ invece non si potrebbe utilizzare l'art. 40.c.p.c, poiché secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante il *simultaneus processus* non può realizzarsi in deroga degli ordinari criteri di competenza per materia, essendo quest'ultima stata ritenuta inderogabile.

La deroga di competenza per materia si realizza solamente perché è stata previsto dal legislatore tale meccanismo processuale per cui in pendenza dei relativi giudizi elencati nell'art. 38.disp.att.c.c la competenza in materia dei procedimenti de potestate viene attratta dal tribunale ordinario, quindi non è necessario ricorrere all'utilizzo dei criteri previsti dall'art. 40.c.p.c, poiché la deroga di competenza viene ad esistenza esclusivamente in ragione della previsione legislativa.

Detto ciò non sussiste la ragione per cui bisognerebbe previamente valutare lo stato attuale dei due giudizi, essendo il presupposto fondante la deroga solamente la pendenza dei suddetti giudizi, non essendo rilevante invece la prossimità di uno dei due giudizi alla fase decisoria.

Pertanto nel caso in cui le parti demandino un provvedimento ablativo o limitativo della potestà

¹⁴⁵ (DANOVI, I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile, in Fam. e dir. 2013, 6, 623)

innanzi al giudice ordinario, quest'ultimo debba dichiarare d'ufficio la riunione a prescindere dallo stato del giudizio innanzi al tribunale per i minorenni, e nel caso in quest'ultimo si sia giunti in uno stato avanzato d'istruttoria il giudice ordinario dovrà a seguito della trasmissione degli atti, tenere di conto delle risultanze pervenute innanzi al tribunale per i minorenni.

È stato evidenziato¹⁴⁶ infatti che il legislatore ha istituito un meccanismo processuale particolare, il quale non è fondato sulle tipiche ipotesi di connessione ma soltanto sul presupposto della sussistenza del giudizio di separazione o di divorzio, o il giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c., non si tratterebbe quindi di una modifica di competenza ma di una vis attrattiva tra un procedimento pilota e un procedimento vicario.

La deroga di competenza opera soltanto laddove il procedimento sia in corso?

Nei primi commenti della legge si è posta la questione in merito alla terminologia “in corso” e “per tutta la durata” utilizzata dal legislatore, poiché non è affatto pacifica la soluzione interpretativa in merito al caso in cui il giudizio di separazione o di divorzio, o il giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c. siano formalmente pendenti ma si trovino in uno stato di quiescenza, ovvero la causa sia stata cancellata dal ruolo, oppure in caso di sospensione e di interruzione del processo.

Nel caso in cui la causa sia stata cancellata dal ruolo, la soluzione interpretativa non parrebbe comportare alcuna problematica, visto che anche se il giudizio è formalmente pendente non vi è più alcun giudice investito di un potere decisorio, e presupponendo che le parti non abbiano più alcun interesse alla reviviscenza del suddetto, la competenza dovrebbe tornare in capo al tribunale per i minorenni per le domande concernenti i provvedimenti ablativi della potestà.

Un altro caso invece più problematico è quello concernente la situazione in cui esaurito il giudizio in primo grado, le parti sarebbero ancora rientranti nei termini per impugnare, un'interpretazione attenta al dato letterale della norme propenderebbe per lo spostamento della competenza in favore del tribunale per i minorenni, ma tale soluzione non è pienamente condivisibile poiché è stato rilevato che una volta proposta la domanda concernente i provvedimenti ablativi o limitativi della potestà, se le parti in un secondo momento volessero proporre l'impugnazione in merito al giudizio di

¹⁴⁶ (Vedi DANOVI)

separazione o di divorzio o il giudizio relativo all'affidamento dei figli naturali ex. art. 316.c.c, si avrebbe di nuovo un'ulteriore spostamento di competenza in favore del giudice ordinario.

Si è giunti perciò alla conclusione che nel caso in cui le parti siano ancora nei termini per impugnare, la domanda concernente i suddetti provvedimenti ablativi o limitativi della potestà, dovrebbe essere proposta al giudice ordinario e non viceversa al tribunale per i minorenni.

Nel caso in cui i procedimenti di separazione o di divorzio o il giudizio sull'affidamento dei figli naturali siano passati in giudicato, la domanda concernente la modifica o la revisione dei suddetti provvedimenti ex. art. 710.c.p.c o art. 9. l. div. pur non essendo contemplata nell'elenco dei procedimenti per cui è possibile applicare la deroga di competenza nell'art. 38.disp.att.c.c, attenendosi a un'interpretazione strettamente letterale si dovrebbe propendere per l'esclusione dei suddetti procedimenti ma si ritiene che la suddetta regola possa ancora applicarsi, essendo identica anche per quest'ultimi la ratio ispiratrice della legge n. 219/2012.

La nuova normativa non contempla come abbiamo visto i provvedimenti ex. art. 317-bis.c.c in relazione alla deroga di competenza, ma tralasciando le questioni interpretative sulla vigenza o meno del suddetto articolo, essendo stato devoluto alla competenza del tribunale ordinario si presuppone che per la modifica o la revoca dei suddetti provvedimenti si possa applicare in via analogica l'art. 710.c.p.c.

Protocollo d'intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale.

Il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni di Brescia hanno individuato una serie di linee comuni in merito alla ripartizione dei criteri di competenza tra i rispettivi organi giudiziari a seguito dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, pertanto in data 10 aprile 2013 è stato concordato il protocollo¹⁴⁷ d'intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale.

¹⁴⁷ (vedi Protocollo d'intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale, in Fam. e dir., 2013, 6, 634)

Nella premessa viene evidenziato il fatto che nonostante vari interventi legislativi aventi ad oggetto la tutela dell'interesse del minore, nel nostro ordinamento mancano degli strumenti processuali adeguati a tutela dei diritti fondamentali di quest'ultimo, essendo stato anche il più recente degli interventi (ovvero la legge 10 dicembre 2012, n. 219) frammentario e disorganico, mancando sempre il fine di creare un sistema processuale ordinato e armonico; viene così messa in rilevanza la necessità di predisporre una prassi operativa per garantire la certezza giuridica ed evitare il pericolo della formazione di giudicati contrastati.

Il protocollo ricorda che l'esigenza di tutelare il minore dagli ingiustificati ritardi della prassi giudiziaria e la promozione di una << giustizia a misura del minore >> rientrano negli obiettivi prefissati dalle Linee guida del Consiglio d'Europa del 17 novembre 2010, recepite dall'Unione Europea in un documento della Commissione, nel quale viene messo in rilievo che l'obiettivo di creare una giustizia a misura del minore sia fondamentale da raggiungere.

Il protocollo d'intesa contiene una serie di linee guida utili sia all'organo giudiziario a cui sono indirizzate ma anche all'interprete poiché vengono enunciate alcune soluzioni alle problematiche interpretative sul novellato art. 38 disp. att. c.c.

Nel protocollo in esame in relazione alla questione sull'estensibilità o meno della deroga di competenza a tutti procedimenti elencati dall'art. 38 disp. att. c.c, esclude che al tribunale ordinario possa essere devoluta la competenza ai sensi dell'art. 330 c.c, poiché tale provvedimento incide sul diritto soggettivo dei genitori titolari della potestà, al contrario dell'art. 333 c.c che opera soltanto una limitazione del diritto in questione, e perciò visto la peculiare natura del suddetto provvedimento, il giudizio di separazione o di divorzio, o il giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c non appaiono la sede adeguata per lo svolgimento del giudizio ablativo della potestà genitoriale, richiamando peraltro una recente pronuncia della Corte di Cassazione, enunciante ancora una volta il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la diversa natura dell'art. 330 c.c fondante il presupposto dell'applicazione del provvedimento ablativo sull'abuso dei doveri del genitore nei confronti del figlio, sia il criterio differenziante la ripartizione di competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni, per cui quest'ultimo rimane l'organo giudiziario adibito all'assunzione dei provvedimenti incidenti sulla titolarità della potestà e il tribunale ordinario viceversa è competente in merito all'esercizio della potestà genitoriale anche quando il provvedimento sia richiesto in assenza di un comportamento pregiudizievole del genitore.

Il protocollo in merito al ricorso proposto ai sensi dell'art. 333 c.c in pendenza dei relativi giudizi elencati dal novellato art. 38 disp. att. c.c, individua come soluzione interpretativa che in pendenza del

giudizio di separazione o di divorzio, o del giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c. (e anche del giudizio ai sensi dell'art. 317-bis.c.c) il tribunale per i minorenni debba dichiarare la propria incompetenza e il relativo giudizio deve essere riassunto dalle parti entro il termine di legge innanzi il giudice ordinario. Nel caso in cui il giudizio di separazione o di divorzio sia instaurato successivamente a quello innanzi al tribunale per i minorenni, la riunione dei procedimenti può realizzarsi attraverso l'utilizzo degli strumenti processuali ai sensi degli artt. 40 e 274.c.p.c.

Il tribunale per i minorenni dovrà valutare caso per caso se lo stato della causa principale sia in uno stato tale da consentire la trattazione e la decisione della causa accessoria ed ove non ritenga opportuna la realizzazione dell'istituto della riunione dei procedimenti, dovrà concludere il procedimento e trasmettere al tribunale ordinario il provvedimento finale affinché quest'ultimo ne possa prendere atto e ne tragga utilità al fine del procedimento innanzi a sé.

Il protocollo prevede anche che nel caso in cui il procedimento di separazione o di divorzio sia in uno stato di quiescenza oppure sia stato definito ed il giudice ordinario ritenga opportuna l'emanazione di un provvedimento ai sensi dell'art. 333.c.c, ha la facoltà di poter trasmettere gli atti al pubblico ministero minorile.

Inoltre nel protocollo in relazione ai giudizi promossi dai parenti ai sensi dell'art. 336.c.c esclude la possibilità che si possa applicare la deroga di competenza, essendo quest'ultimi impossibilitati ad intervenire nel relativo giudizio di separazione o di divorzio, pertanto si ritiene che in quest'ultimo caso la competenza rimane in capo al tribunale per i minorenni, con la previsione solamente di una facoltà di trasmissione degli atti tra i due organi giudiziari al fine di realizzare un coordinamento delle decisioni.

La deroga operando solamente per i procedimenti che siano "in corso" e "per tutta la durata" dei medesimi nel caso in cui il procedimento di separazione o di divorzio sia in una fase di quiescenza, ovvero nel caso in cui la causa sia stata cancellata dal ruolo, o le parti siano ancora nei termini per proporre l'appello, la soluzione interpretativa contenuta nel protocollo prevede che la competenza ritorni in capo al tribunale per i minorenni, precisando inoltre che la competenza del tribunale ordinario in merito ai procedimenti ai sensi degli art. 333.c.c abbia ragione d'essere sulla sussistenza di controversie concernenti la tutela del minore, non potendo ritenere che una volta risolta la questione sull'affidamento dei figli con sentenza non definitiva e il relativo giudizio prosegua solamente per quanto riguarda le questioni patrimoniali dei genitori, si possa ancora configurare l'applicabilità della deroga di competenza, perciò in tale caso la competenza rimane attribuita al tribunale minorile.

Una riflessione sulle linee guida interpretative del tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni di Brescia sull'ambito applicativo dell'art. 38.disp.att.c.c.

La soluzione interpretativa delineata dal protocollo d'intesa tra il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario di Brescia è degna di apprezzamento poiché nell'ambito di un sistema processuale frammentario e disomogeneo si è cercato di realizzare una prassi operativa a tutela della certezza giuridica e dell'effettività della garanzia processuale, al fine di non pregiudicare il minore dalle lungaggini dei tempi processuali e dalle incertezze interpretative in merito agli interventi legislativi nel settore della giustizia minorile che hanno reso il sistema di difficile comprensione e soprattutto di difficile applicabilità in termini di una tutela concreta ed efficace.

L'interpretazione contenuta nel protocollo seppure degna di note positive non è stata ritenuta del tutto condivisibile¹⁴⁸, soprattutto in relazione alla limitazione della deroga di competenza esclusivamente ai provvedimenti limitativi della potestà genitoriale ai sensi dell'art. 333.c.c, escludendo peraltro la devoluzione del provvedimento ablativo della potestà ai sensi dell'art. 330.c.c, si ritiene che un'interpretazione restrittiva e attenta al dato formale fondata su una rigida ripartizione delle competenze tra il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario che attribuisca al tribunale specializzato la competenza esclusiva sull'emanazione del provvedimento ablativo della potestà genitoriale contrasti con l'applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale poiché se il fine ultimo di una giustizia su misura del minore sia quello di realizzare una tutela coerente ed uniforme non si vede il motivo per cui il giudice ordinario investito della competenza ai sensi dell'art. 333.c.c, nel caso ritenga sussistenti delle fondate ragioni, non possa emettere ulteriori provvedimenti a tutela dell'interesse del minore, tra cui anche il provvedimento ablativo ai sensi dell'art. 330.c.c, essendo palesemente contraddittorio ritenere che il giudice ai sensi dell'art. 333.c.c, essendo stato interpretato in maniera estensiva l'espressione "i provvedimenti convenienti", possa emettere delle misure eterogenee al fine di rimuovere il pregiudizio subito dal minore, ma non possa emettere un provvedimento ai sensi dell'art. 330.c.c.

Inoltre viene criticato l'utilizzo degli strumenti processuali di cui agli artt. 40 e 274.c.p.c, poiché innanzitutto non viene compreso il riferimento all'art. 274.c.p.c., essendo quest'ultima norma riferita alla riunione dei procedimenti all'interno degli stessi uffici giudiziari, e soprattutto come abbiamo

¹⁴⁸ (DANOVI, I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile, in Fam. e dir. 2013, 6, 625)

visto precedentemente il riferimento all'art. 40.c.p.c non è la migliore soluzione prospettabile, essendo quest'ultima norma ritenuta non modificatrice degli ordinari criteri di competenza per materia e inoltre fondante sul presupposto della previa valutazione dello stato attuale in cui si trova la causa proposta antecedentemente, non potendo realizzarsi il simultaneus processus ove una delle due cause si trovi in uno stato avanzato d'istruttoria, o sia giunta alla fase decisoria.

Come abbiamo già evidenziato la tecnica utilizzata dal legislatore è svincolata dalla sussistenza delle ipotesi di connessioni, essendo esclusivamente il presupposto della suddetta deroga di competenza la pendenza dei giudizi elencati dall'art. 38.disp.att.c.c.

Peraltro è da ritenere di difficile applicazione la soluzione delineata dal legislatore con la novella del 2012 poiché viene aumentato notevolmente il carico di lavoro del tribunale ordinario, essendo stata devoluta a quest'ultimo la competenza di numerosi provvedimenti spettanti antecedentemente al tribunale per i minorenni, e si presume che sarà difficile che il tribunale ordinario si arrogherà la competenza anche dei provvedimenti di dubbia applicazione come quelli di cui all'art. 333.c.c

I procedimenti de potestate sono esclusi dal ricorso straordinario ex. art. 111, settimo comma, Cost.

I decreti camerali pronunciati nell'ambito del giudizio innanzi la corte d'appello non sono ricorribili in Cassazione ai sensi dell'art. 360.c.p.c, visto la disposizione contenuta all'art. 739.c.p.c, il quale prevede <<salvo che la legge disponga altrimenti, non è ammesso reclamo contro i decreti della corte d'appello e contro quelli del tribunale pronunciati in sede di reclamo>>.

Essendo escluso a priori il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360.c.p.c, si è posto il quesito in merito all'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione per violazione di legge ai sensi dell'art. 111.Cost dei decreti camerali emessi nell'ambito dei procedimenti camerali concernenti le questioni in materia di famiglia e di minori.

In relazione ai procedimenti camerali aventi ad oggetto la modifica o la revisione delle condizioni di separazioni o di divorzio dei coniugi ai sensi dell'art. 710.c.p.c e dell'art. 9.l.div. il ricorso

straordinario per cassazione è sempre stato dichiarato ammissibile, in ragione della loro compatibilità con i requisiti della definitività e della decisorietà, si tratta nello specifico di provvedimenti aventi l'attitudine al giudicato seppure rebus sic stantibus, ovvero l' ammissibilità della modifica o della revoca dei suddetti giudizi non contrasta con il requisito della definitività del giudicato purché sia basata sull'allegazione di nuove circostanze.

In riferimento al procedimento ex. art. 317-bis.c.c, in tema di affidamento di figli naturali, la Corte di Cassazione¹⁴⁹ ha mutato il proprio orientamento in merito alla possibilità di ricorrere per cassazione per violazione di legge, statuendo che i suddetti provvedimenti a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 54/2006 che all'art. 4 ha esteso la disciplina contenuta nella legge sull'affidamento condiviso anche ai procedimenti di figli non coniugati, non si differenziano dai procedimenti in tema di affidamento e mantenimento di figli legittimi e pertanto è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111.Cost.

In relazione ai procedimenti de potestate la Corte di Cassazione ha sempre escluso la possibilità del ricorso straordinario in cassazione del decreto emesso dalla Corte d'appello sul reclamo proposto contro i provvedimenti camerali concernenti la limitazione o la cessazione della potestà genitoriale ex. art. 330 e 333.c.c.

Si è sempre escluso l'ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione in ragione della mancanza dei requisiti della definitività e della decisorietà dei provvedimenti camerali, poiché in base a un orientamento consolidato della Suprema Corte, ogni provvedimento emesso all'esito di un giudizio avente una forma diversa dalla sentenza è suscettibile di ricorso per cassazione se soddisfa entrambi i suddetti requisiti ovvero deve essere esteso ad <<ogni provvedimento che sia idoneo ad incidere in via definitiva sulle situazioni giuridiche private alla stessa stregua di un provvedimento dato in forma di sentenza a norma dell'art. 279.c.p.c¹⁵⁰.>>, intendendosi per decisorietà ogni provvedimento che abbia concluso una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo o uno status e che attribuisca ad una delle parti un bene della vita; e individuando per il criterio della definitività, l'attitudine al formarsi del giudicato in senso sostanziale.

¹⁴⁹ (Cass.civ.sez.I, 4 novembre 2009, n. 23411; Cass.civ.sez.I, 30 ottobre 2009, n. 23032; in Fam. e dir. 2010, 2, 113 con osservazioni di DOSI)

¹⁵⁰ (Cass., sez.un. 30 luglio 1953, n. 2593, in Foro.it., 1953,I,1248)

La Corte di Cassazione conferma recentemente l'inammissibilità del ricorso straordinario avverso i procedimenti de potestate.

In una recente pronuncia¹⁵¹ della Corte di Cassazione viene ribadita la motivazione per cui i provvedimenti de potestate sono esclusi dal ricorso per cassazione, richiamando il principio enunciato dalle sezioni unite in un famoso precedente¹⁵², per cui i provvedimenti concernenti la titolarità della potestà genitoriale emessi a seguito di un procedimento camerale non sono ricorribili per cassazione, non soddisfacendo il requisito della definitività, poiché essendo svolti nell'ambito del giudizio camerale, possono essere modificati e revocati in ogni momento sia per dei motivi sopravvenuti che per dei motivi deducibili non dedotti.

Inoltre i provvedimenti de potestate non soddisfano neanche il requisito della decisorietà poiché non hanno ad oggetto la risoluzione di controversie concernenti diritto soggettivi o status ma concernano un controllo da parte del giudice sull'esercizio della potestà del genitore sul figlio.

I procedimenti de potestate non sono configurati come giudizi concernenti una contrapposizione tra diritti soggettivi che attribuiscono alle parti un bene della vita, ma rientrano nell'ambito di un esercizio d'ufficio posto in capo ai genitori con il fine di realizzare il preminente interesse del minore, con il dovere del giudice di realizzare un controllo dell'operato dei genitori.

Secondo la concezione tradizionale e dominante la potestà genitoriale non rientrerebbe nello schema del diritto soggettivo, anche se di recente vi sono stati dei ripensamenti al riguardo, poiché con l'enunciato dell'art. 30.Cost. che qualifica il dovere ma anche il diritto dei genitori a mantenere, educare ed istruire i figli, e con la ratificazione da parte del nostro ordinamento delle varie convenzioni internazionali in tema di tutela del minore come ad esempio la Convenzione internazionale di New York sui diritti del fanciullo e la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, si sta assistendo un mutamento di pensiero verso i procedimenti de potestate, i quali non sarebbero solamente la sede per garantire la tutela del preminente interesse del minore, ma concernerebbero la tutela di diritti soggettivi che sarebbero spettanti a tutte le parti coinvolte nel giudizio.

In relazione ai provvedimenti ex. art. 317-bis.c.c la Corte di Cassazione ha riconosciuto ai suddetti provvedimenti emessi in sede di reclamo in materia di affidamento di figli naturali e ai conseguenti

¹⁵¹ (Cass.civ.,sez.I, 13 settembre 2012, n.15341, in Fam. e dir. 2013, 586, con osservazioni di RESSANI)

¹⁵² (Cass.,sez.un., 15 luglio 2003, n. 11026 in Fam. e dir. 2004,2,165 ss. con osservazioni di RONZELLI)

provvedimenti di natura economica, compreso anche l'assegnazione della casa coniugale, la conformità ai requisiti di definitività e di decisorietà ai fini della piena ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111.Cost., e anche se in tale pronuncia veniva evidenziata proprio la differenza tra questi provvedimenti e i provvedimenti de potestate, affermando l'autonomia dei procedimenti ex. art. 317-bis.c.c rispetto ai procedimenti inerenti la limitazione o la cessazione della potestà genitoriale, si potrebbe arrivare ad ammettere anche per quest'ultimi il ricorso ai sensi dell'art. 111.Cost.

La nuova normativa offre un ripensamento sulla questione dell'ammissibilità del ricorso straordinario?

Con l'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219 il legislatore avendo modificato l'art. 38.disp.att.c.c introducendo la deroga di competenza a favore del tribunale ordinario dei procedimenti de potestate in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio o del giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c, si dovrebbe avere un ripensamento da parte della Suprema Corte in relazione all'esclusione del ricorso per cassazione per violazione di legge.

Il legislatore ha devoluto ancora una volta alla competenza del tribunale per i minorenni l'emanazione dei provvedimenti ablativi o limitativi della potestà ex. art. 330.ss.c.c. e tale scelta potrebbe ancora una volta rimarcare la differenza tra i citati provvedimenti e i provvedimenti ex. art. 317-bis.c.c suscettibili del ricorso straordinario per cassazione.

Tale assunto viene messo in dubbio dalla deroga di competenza delineata dal legislatore al primo comma del novellato art. 38.disp.att.c.c, poiché il giudice ordinario in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio può emanare i provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, arrivando di conseguenza al paradosso per cui i suddetti provvedimenti che potranno essere impugnati con i mezzi ordinari quali capi della sentenza di separazione o di divorzio, saranno ricorribili per Cassazione per motivi ordinari.

Si arriverebbe così ad escludere il ricorso straordinario per cassazione ai provvedimenti de potestate emanati nell'ambito del giudizio innanzi al tribunale per i minorenni ma ad ammetterne il ricorso ordinario per cassazione nel caso in cui siano emanati nell'ambito del giudizio di separazione o di divorzio.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219 avendo predisposto il meccanismo processuale per cui il giudice ordinario attrae la competenza dei procedimenti de potestate nell'ambito dei giudizi elencati dal novellato art. 38 disp. att. c.c. apre ad un ripensamento in merito alla diversità ontologica dei provvedimenti ex art. 330 ss. c.c. al fine di renderne ammissibile il ricorso straordinario per cassazione.

Alcune riflessioni in merito al rito camerale familiare ed ulteriori riflessioni conclusive.

Sommario

- 1** Riflessioni conclusive in merito al rito camerale
- 2** Riflessioni in merito al procedimento di riconoscimento del figlio naturale ex. art. 250, quarto comma c.c
- 3** Riflessioni conclusive sull'audizione del minore
- 4** Alcune riflessioni sullo schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri

Riflessioni conclusive in merito al rito camerale.

La legge delega 10 dicembre 2012, n. 219 modificando l'art. 38 disp.att.c.c ha mantenuto al secondo comma del seguente articolo, l'applicabilità del rito camerale¹⁵³ ai procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei figli minori, nonostante quest'ultimi siano stati devoluti alla competenza del tribunale ordinario.

Tale scelta legislativa non è stata valutata positivamente nei primi commenti alla novella¹⁵⁴, poiché nonostante l'intento perseguito dal legislatore, permangono ancora notevoli differenze di trattamento tra i figli nati all'interno del vincolo matrimoniale e i figli invece nati al di fuori di quest'ultimo.

È stato evidenziato¹⁵⁵ nell'ambito della delega al governo, all'art. 2 della suddetta legge, in merito alla eliminazione della distinzione terminologica "figlio naturale" e "figlio legittimo" nel codice civile e nelle ulteriori leggi dell'ordinamento, che l'inciso "salvo l'utilizzazione delle denominazioni di "figli nati nel matrimonio" e di "figli nati fuori del matrimonio", andrebbe a vanificare sul piano concreto la proclamazione dell'uguaglianza dello status giuridico di figlio, limitandosi solamente ad una mera enunciazione formale, non potendo trovare le ragioni per cui ancora una volta residuerebbero all'interno dell'ordinamento delle disposizioni che necessitano di una differenziazione in categorie giuridiche nell'ambito della filiazione.

Tornando ai profili strettamente di carattere processuale non si può proclamare una piena parità di trattamento nei confronti dei figli nati al di fuori del matrimonio in riferimento all'utilizzazione del rito camerale ex art. 737 ss.c.p.c rispetto al procedimento più strutturato e garantistico riservato ai figli legittimi nell'ambito del giudizio di separazione o di divorzio.

I figli nati all'interno del vincolo matrimoniale beneficiano dei provvedimenti provvisori ed urgenti emanati nell'ambito della fase presidenziale del giudizio di separazione e di divorzio, tali misure conservano l'efficacia anche dopo l'estinzione del procedimento e sono impugnabili dinanzi alla Corte d'appello.

In riferimento alla disciplina dei provvedimenti provvisori applicabili alla filiazione naturale, la nuova normativa non ha colto l'occasione per trovare una soluzione alla lacuna normativa che affligge i

¹⁵³“Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile”

¹⁵⁴ (vedi ad esempio GRAZIOSI, Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario, in Fam. e dir., 2013, 267)

¹⁵⁵ (QUERZOLA, Riforma della filiazione e processo: nuove sfumature delle categorie giuridiche tradizionali, in Riv.trim.dir.proc.civ., 2013, 1042)

procedimenti di affidamento e di mantenimento dei figli naturali ex. art.317-bis.c.c, come abbiamo esaminato precedentemente le soluzioni interpretative date dalla dottrina sono confliggenti, in quanto alcuni autori ritengono¹⁵⁶ che si possa agevolmente colmare tale lacuna ricorrendo al carattere universale della tutela cautelare, applicando in via analogica l'art. 336, terzo comma c.c. o gli artt. 708 e 710.c.p.c. e che tale facoltà sia attribuita all'organo collegiale, mentre altri autori invece auspicano l'applicabilità della tutela cautelare ex. art. 700.c.p.c.

Prima dell'entrata in vigore della novella il fondamento giuridico della facoltà in capo al giudice di emanare i suddetti provvedimenti temporanei ed urgenti si è sempre ravvisata nell'art. 336, terzo comma c.c., il quale attribuisce il potere al giudice minorile di emettere anche d'ufficio dei provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei figli minori.

La nuova formulazione dell'art. 38.disp.att.c.c ha comportato delle difficoltà interpretative in merito all'inciso del novellato secondo comma del suddetto articolo, ovvero in relazione ai provvedimenti inerenti il mantenimento e l'affidamento dei figli minori << si applicano in quanto compatibili>> le disposizioni ex.737.ss.c.p.c del rito camerale; l'utilizzo della terminologia in quanto "compatibili" impone all'interprete un adeguamento della disciplina applicabile il più possibile rispondente e affine al procedimento di separazione e di divorzio.

L'art. 336.c.c è stato peraltro oggetto di varie ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale in merito alla presunta violazione dell'art. 111, primo e secondo comma Cost., poiché un procedimento rimesso interamente alla discrezionalità del giudice, disciplinato in maniera scarna e superficiale se non per qualche disposizione concernente la forma introduttiva del procedimento, la nomina di un relatore all'interno dell'organo collegiale, la facoltà in capo al giudice di <<assumere informazioni>> (il quale rimarca un modello istruttorio interamente rimesso al libero apprezzamento del giudice in merito all'assunzione e deliberazione dei mezzi istruttori) e la decisione assunta in forma di decreto motivato reclamabile che può essere modificata e revocata in ogni tempo, contrasta con l'esigenza di un giusto processo regolato dalla legge, per il quale alla stregua dei principi costituzionali, il "giusto processo" è quel procedimento giurisdizionale le cui modalità sono predeterminate dalla legge.

Nello specifico la Corte d'appello di Torino¹⁵⁷ denunciava la presunta incostituzionalità dell'art. 336.c.c in merito alla prassi in vigore presso i tribunali specializzati nelle controversie minorili di adottare dei provvedimenti d'urgenza inaudita altera parte al di fuori di delle comprovate situazioni

¹⁵⁶ (vedi ad esempio A.PROTO PISANI, Note sul nuovo art. 38 disp.att.c.c. e sui problemi che esso determina, in Foro.it.,2013,V,126)

¹⁵⁷ (Corte d'appello Torino, 3 gennaio 2001, in Fam. e dir.,2001,315, con osservazioni di TOMMASEO)

d'urgenza e di necessità e sprovveduti di una successiva udienza in cui si possa confermare o modificare il provvedimento assunto senza la garanzia del principio del contraddittorio.

La Corte Costituzionale¹⁵⁸ dichiarò manifestamente inammissibile la questione, ritenendo che il giudice a quo non avesse esperito in prima battuta un'interpretazione costituzionalmente orientata. Da questo precedente della Corte Costituzionale è ricavabile il principio per cui ai provvedimenti temporanei ed urgenti emessi ex. art. 336.c.c è ammissibile l'applicazione della disciplina del rito cautelare uniforme, per cui è plausibile ammettere l'applicazione dell'art. 669-sexies.c.p.c. e nello specifico della disciplina del provvedimento emanato inaudita altera parte.

Una previsione che come ricorda A. Proto Pisani in un recente intervento¹⁵⁹, viene ancora una volta disattesa dalle giurisdizioni minorili che non applicano il secondo comma dell'art. 669-sexies.c.p.c.

In relazione ai provvedimenti temporanei ed urgenti emessi nell'ambito dei procedimenti di mantenimento e di affidamento dei figli naturali ex. art. 317-bis.c.c sono sorti dubbi in relazione all'attribuzione del potere in esame in capo al giudice delegato, si è sostenuto peraltro un'interpretazione analogica dell'art.708, terzo comma c.p.c., in relazione all'ammissibilità dell'adozione dei suddetti provvedimenti ad opera del giudice delegato.

Tale soluzione non sembra rispondente alla soluzione interpretativa data dalla Corte di Cassazione in un precedente¹⁶⁰, in cui si ammetteva che l'organo collegiale potesse delegare ad uno dei suoi componenti alcune fasi del procedimento, purché in seguito venisse rimesso al collegio la fase decisionale. Pertanto è pacifico che il collegio deleghi uno dei suoi componenti¹⁶¹ in merito alla raccolta degli elementi probatori ma la successiva fase di ammissibilità e di rilevanza dei mezzi istruttori deve essere affidata nuovamente all'organo collegiale.

Si ritiene che l'inciso in quanto "compatibili" nel novellato secondo comma dell'art. 38.disp.att.c.c, non possa comportare l'attribuzione di ulteriori poteri al giudice delegato, mancando in tal senso una specifica ed espressa previsione legislativa.

Un altro aspetto dibattuto concerne l'ammissibilità del reclamo dinanzi la Corte d'appello dei provvedimenti provvisori ed urgenti emessi nell'ambito del procedimento ex. art. 317-bis.c.c, la quale

¹⁵⁸ (Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in Foro.it.,2002,I, 3302 con osservazioni di A.PROTO PISANI, Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile; in Fam. e dir., 2002,229 con osservazioni di TOMMASEO, Giudizi camerali de potestate e giusto processo.)

¹⁵⁹ (A.PROTO PISANI, La giurisdizionalizzazione dei processi minorili c.d. de potestate, in Foro.it., 2013, V, 71)

¹⁶⁰ (Cass.civ.sez.un. 19 giugno 1996 n. 5629, in Giust.civ.,1996,I,2203, con osservazioni di GIACALONE)

¹⁶¹ (vedi anche in senso contrario; Cass.civ.sez.I, 3 settembre 1994, n. 7629, in Foro.it.,1995,I,2199, CON NOTA DI CIVININI, << Nei giudizi a trattazione collegiale, l'inosservanza del divieto di delega dell'assunzione della prova a un membro del collegio dà luogo a una nullità assoluta per vizio di costituzione nel giudice, la quale soggiace al principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione e non può essere dedotta per la prima volta in sede di legittimità>>)

è stata dichiarata inammissibile in un famoso precedente della Corte di Cassazione¹⁶², in cui si riteneva che non potessero essere applicate in via analogica le disposizioni del novellato art. 708.c.p.c, poiché il fondamento giuridico della suddetta disciplina risiedeva nella sussistenza di una fase presidenziale, all'interno della quale potevano essere emanate le ordinanze presidenziali in merito a dei provvedimenti urgenti e temporanei nell'interesse della prole e dei coniugi.

La Corte nel precedente richiamato enunciava il principio per cui l'art. 4 della l. n.54/2006 in tema di affidamento condiviso, aveva esteso la normativa contenuta nella legge citata anche ai procedimenti concernenti i figli di genitori non coniugati ma non aveva creato un unico modello processuale in relazione alle questioni concernenti la tutela della prole sia naturale che legittima.

Pertanto non si poteva estendere la disciplina in tema di reclamo presso la Corte d'appello applicabile ai procedimenti nei confronti di figli di genitori coniugati.

Nella giurisprudenza più recente¹⁶³ troviamo un primo segnale d'apertura verso l'ammissibilità del reclamo innanzi la Corte d'appello dei provvedimenti provvisori ed urgenti, anche se nella sentenza riportata troviamo tale segnale solo sotto forma di obiter dictum, nello specifico la questione era in merito all'ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione dei provvedimenti emessi a seguito del procedimento ex. art. 317-bis.c.c, come abbiamo già esaminato tale questione è stata ora risolta positivamente e visto la favorevole opinione ad opera della giurisprudenza di merito che opta per l'ammissibilità del reclamo dei provvedimenti provvisori, si auspica un ripensamento ad opera della Corte di Cassazione.

La giurisprudenza di merito¹⁶⁴ propende per l'ammissibilità del reclamo poiché oramai è stata consolidata in giurisprudenza l'opinione per cui la legge sull'affidamento condiviso ha reso applicabili le disposizioni in materia di separazione e di divorzio anche ai procedimenti dei figli di genitori non coniugati, ed essendo il procedimento ex. art. 317-bis.c.c. definitivamente autonomo rispetto ai procedimenti ex. art. 330.ss.c.c, con la conseguente similitudine rispetto ai procedimenti di separazione e divorzio, non osterebbe alla piena ammissibilità del reclamo innanzi la Corte d'appello, pur mancando formalmente la fase presidenziale, non potendo continuare a propendere per un'interpretazione restrittiva e formalistica fonte di una discriminazione in termini di parità trattamento tra la filiazione legittima e la filiazione naturale, in un ambito delicato e contingente come quello dei provvedimenti provvisori emessi a seguito di esigenze immediate e concrete che non possono essere private della garanzia di un secondo grado di giudizio, essendo innanzitutto dei

¹⁶² (Cass.civ.sez.I, 3 aprile 2007, n.8362, in Fam. e dir.,2007,447, con osservazioni di TOMMASEO)

¹⁶³ (Cass. 24 maggio 2012, n. 8225, in Foro.it.,2012,I,3117)

¹⁶⁴ (App.Catania, 14-22 novembre 2012)

provvedimenti incidenti la tutela di diritti soggettivi.

In riferimento al rito camerale come abbiamo visto precedentemente la dottrina¹⁶⁵ ha da sempre criticato l'utilizzo della procedura in camera di consiglio in merito ai procedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, poiché essendo i suddetti provvedimenti rientranti nell'ambito della giurisdizione costituzionalmente necessaria, concernendo quindi la tutela di diritti fondamentali della persona, non possono essere rimessi interamente in un procedimento caratterizzato dalla discrezionalità del giudice, dove vengono palesemente violati le garanzie procedurali degli artt. 24 e 111. Cost.

La Corte Costituzionale è stata adita numerose volte¹⁶⁶ in relazione alla presunta violazione del rito camerale in riferimento ai principi costituzionali del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, ma ha sempre dichiarato manifestamente inammissibile una pronuncia di dichiarazione di incostituzionalità in merito al procedimento ex. artt. 737.ss.c.p.c., ritenendo insindacabile la scelta discrezionale del legislatore in merito al rito applicabile.

La Corte di Cassazione¹⁶⁷ in un famoso precedente ha ritenuto la procedura in camera di consiglio alla stregua di un contenitore neutro dove possano essere deliberati provvedimenti sia appartenenti alla volontaria giurisdizione sia rientranti nella giurisdizione contenziosa, pur rispettando le garanzie processuali del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, e la garanzia costituzionale di un accertamento pieno ed esauriente che pur svolgendosi nell'ambito del rito camerale non può essere sacrificato.

Tale interpretazione si basava sull'assunto che il legislatore aveva privilegiato il rito camerale come modello di rito ideale per la devoluzione delle controversie anche in ambito della materia concernente status familiari (nello specifico caso si discuteva in ordine alla discussa idoneità del rito camerale in relazione al procedimento di dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale, ora con l'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219 di nuovo devoluta alla competenza del tribunale ordinario che svolgerà il suddetto procedimento nell'ambito del rito ordinario), al fine di eliminare le lungaggini e i farraginosi tempi del processo ordinario.

Se per certi aspetti la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha creato un modello di rito camerale differente dal modello delineato dagli artt. 737.ss.c.p.c., in cui è presente un avvicinamento alle garanzie del modello ordinario, dall'altra parte abbiamo un modello camerale che potremo definire "puro" destinato alla risoluzione delle controversie ex. artt. 330 e 333.c.c. che viola palesemente le

¹⁶⁵ (vedi ad esempio A.PROTO PISANI, Usi e abusi della procedura camerale ex. artt.737.ss, in Riv.dir.civ.,1990,I,393)

¹⁶⁶ (vedi ad esempio Corte d'appello Genova, 4 gennaio 2001, in Fam. e dir.,2001,308, con osservazioni di ODINO e PASCHETTI; Corte d'appello Torino,3 gennaio 2001, in Fam. e dir.,2001.315. con osservazioni di TOMMASEO)

¹⁶⁷ (Cass.civ.sez.un.,19 giugno 1996, n. 5629, in Fam. e dir. 1996, 305, con osservazioni di TOMMASEO)

garanzie costituzionali delle parti in giudizio, rendendo così ancora più rimarcata la differenza di trattamento tra la filiazione naturale e quella legittima.

Il rito camerale delineato nel codice di procedura civile come abbiamo visto è caratterizzato da un'ampia discrezionalità dell'organo specializzato e se poniamo l'attenzione sulla prassi del giudice minorile di agire d'ufficio su segnalazione dei servizi sociali, le cui risultanze sono rimesse al libero apprezzamento dell'organo giudiziario senza esperire un contraddittorio con le parti, risulta alquanto dubbia la nuova previsione nella legge n. 219/2012 che con un cambio di rotta pur riducendo le competenze giudiziarie del tribunale specializzato, amplia le competenze amministrative di quest'ultimo organo¹⁶⁸, prevedendo all'art. 2 della suddetta legge la delega al governo per l'attribuzione al tribunale per i minorenni di interventi di sostegno a favore delle famiglie versanti in condizioni d'indigenza.

La legge istitutiva del tribunale per i minorenni del 1934 agli artt. 24 e 26 attribuisce la facoltà in capo al suddetto organo di affidare ai servizi sociali quei minori che manifestino <<prove di irregolarità della condotta o del carattere>> o che si trovino in particolari situazioni come quelle previste dall'art. 333.c.c, nel caso di abuso della potestà genitoriale, e in questo caso ci troviamo nell'ambito della misura accessoria prevista dall'art. 336.c.c.

La nuova legge sulla filiazione ha quindi rafforzato il rapporto interlocutorio tra il tribunale per i minorenni e i servizi sociali, prevedendo la delega al Governo affinché si attribuisca al tribunale per i minorenni la facoltà di segnalare eventuali situazioni di indigenza agli enti comunali, colmando la lacuna prevista dall'art. 1, legge adozione che prevede un generico intervento di sostegno da parte degli enti e dei Comuni a favore dei nuclei familiari, e inoltre la nuova normativa dispone anche il potere di effettuare un controllo sull'operato degli organi adibiti alla risoluzione di queste precarie e urgenti situazioni.

Viene da domandarsi la ragione per cui soltanto il tribunale per i minorenni è stato il destinatario di tale potere, visto che ora con la modifica dell'art. 38.disp.att.c.c, prevedendo la deroga di competenza a favore del tribunale ordinario, anche quest'ultimo è competente in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio, o del giudizio ai sensi dell'art. 316.c.c, ad emettere i provvedimenti ex art. 333.c.c. Inoltre seppure si è cercato di colmare il vuoto di tutela in relazione a queste particolari situazioni di difficoltà in cui possano trovarsi delle famiglie e al fine di permettere che il minore possa continuare a vivere nel proprio ambiente familiare con tutti i mezzi idonei al fine di raggiungere uno sviluppo armonico della propria personalità in conformità con le proprie aspirazioni, non è stato preso

¹⁶⁸ (per un approfondimento vedi. TOMMASEO, Le nuove competenze amministrative del tribunale per i minorenni nella legge sulla filiazione, in Fam.e dir., 2013,933)

in merito nessun riferimento a una riorganizzazione dei rapporti tra tribunale per i minorenni e i servizi sociali al fine di rendere una procedura chiara e trasparente in merito alle risultanze rese al giudice senza la garanzia del principio del contraddittorio.

Riflessioni in merito al procedimento di riconoscimento del figlio naturale ex art. 250, quarto comma c.c.

Il procedimento di riconoscimento del figlio naturale oltre ad essere stato riformulato in merito alla terminologia, per cui il termine “naturale” viene sostituito dalla nuova terminologia “figlio nato al di fuori del matrimonio”, come abbiamo esaminato precedentemente al quarto comma prevede un procedimento più celere e immediato nel caso di opposizione del genitore che ha già effettuato il riconoscimento, << il genitore che vuole riconoscere il figlio, qualora il consenso dell’altro genitore sia rifiutato, ricorre al giudice competente, che fissa un termine per la notifica del ricorso all’altro genitore. Se non viene proposta opposizione entro trenta giorni dalla notifica, il giudice decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante; se viene proposta opposizione, il giudice, assunta ogni opportuna informazione, dispone l’audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni, o anche di età inferiore ove capace di discernimento, e assume eventuali provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione, salvo che l’opposizione non sia palesemente infondata>>. La prima riflessione di carattere generale riguarda la nuova formulazione utilizzata dal legislatore << Il consenso non può essere rifiutato se risponde all’interesse del figlio>> rispetto alla previgente formulazione <<il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all’interesse del figlio>>. Il primo dubbio interpretativo¹⁶⁹ riguarda proprio la nuova terminologia utilizzata poiché non è del tutto chiaro se sia il consenso a rispondere all’interesse del figlio o viceversa sia il riconoscimento come prevedeva il previgente enunciato, ma a prescindere da tale questione interpretativa, il fulcro del problema è la mancata occasione da parte del legislatore di eliminare una volta per tutte il consenso dei genitori dalla materia del riconoscimento, poiché il dovere del genitore di riconoscere il figlio è innanzitutto un diritto e l’azione di riconoscimento del figlio naturale è l’esercizio di un diritto di libertà che compie il genitore e taluni comportamenti negativi contrari al

¹⁶⁹ (QUERZOLA, Riforma della filiazione e processo: nuove sfumature delle categorie giuridiche tradizionali, in Riv.trim.dir.proc.civ.,2013,1042)

compimento del riconoscimento andrebbero sanzionati attraverso il ricorso di altri istituti come ad esempio i provvedimenti inerenti la limitazione o la caducazione della potestà genitoriale.

Esaminando più approfonditamente gli aspetti processuali del nuovo procedimento previsto al quarto comma, il primo elemento che risalta all'attenzione dell'interprete è per l'appunto l'inerzia del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento, a seguito della quale, il giudice concede il riconoscimento, emettendo un provvedimento finale in forma di sentenza che tiene luogo del consenso mancante.

Il primo dubbio interpretativo risiede per l'appunto nel mancato controllo da parte del giudice dell'effettivo interesse del figlio affinché venga effettuato il riconoscimento, senza fissare un'udienza per incontrare almeno il genitore ed il figlio, anche perché parrebbe alquanto dubbia la previsione della facoltà in capo al giudice di poter ascoltare il figlio minore a seguito dell'opposizione del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento se tale facoltà non fosse contemplata anche nell'ipotesi in cui non venga proposta tale opposizione al riconoscimento.

Un altro dubbio interpretativo riguarda proprio l'utilizzo della terminologia <<tiene luogo del consenso mancante>>, come è stato fatto notare non è alquanto ipotizzabile all'interno dell'ordinamento giuridico un provvedimento di natura giurisdizionale che tiene luogo di un atto di natura privata, nello specifico un negozio giuridico unilaterale, alla cui categoria appartiene il consenso del genitore.

Un altro profilo attiene al caso in cui venga proposta l'opposizione al riconoscimento, l'articolo prevede che << il giudice assuma ogni opportuna informazione e disposta l'audizione del figlio, adotta gli eventuali provvedimenti provvisori ... >>, la formulazione utilizzata <<opportuna>> apre un altro dubbio interpretativo in relazione all'individuazione di quale sia il parametro attraverso il quale ritenere opportuna o meno l'assunzione di una informazione.

In riferimento al rito applicabile al procedimento ex. art. 250, quarto comma c.c. sono sorti dei dubbi interpretativi in merito alla perdurante applicabilità del rito camerale, essendo stato devoluto alla competenza del tribunale ordinario.

Precedentemente si era dubitato che il procedimento ex. art. 250.c.c pur richiamando l'art. 38.disp.att.c.c. comportasse l'obbligatorietà della procedura in camera di consiglio, in quanto il richiamo al suddetto articolo era rilevante solamente ai fini dell'attribuzione della competenza.

Inoltre si riteneva che il procedimento in esame, prevedendo l'audizione del minore in contraddittorio con il genitore che non abbia prestato il consenso riconoscimento proposto dall'altro genitore, e la forma finale del provvedimento in sentenza, comportasse l'applicabilità del rito ordinario.

La Corte di Cassazione¹⁷⁰ in alcuni precedenti ha sempre ritenuto inammissibile l'esperimento del suddetto procedimento attraverso il rito ordinario, argomentando dal fatto che l'art. 38 disp. att. c.c. prevede espressamente per i provvedimenti in esso elencati, l'applicazione della procedura in camera di consiglio, indipendentemente dalla natura contenziosa o meno dei provvedimenti in esame.

La l. n. 219/2012, come abbiamo visto precedentemente ha devoluto la cognizione del procedimento ex art. 250 c.c. al tribunale ordinario, modificando il contenuto dell'art. 38 disp. att. c.c., riducendo notevolmente le competenze del tribunale per i minorenni, ed alla luce di tale spostamento della competenza, è stata rilevata¹⁷¹ una grave lacuna dovuta alla disattenzione del nostro legislatore, poiché non è stato specificato il rito applicabile per i provvedimenti sottratti alla competenza del tribunale per i minorenni che ora sono stati cancellati dall'elencazione tassativa dei provvedimenti di competenza del tribunale per i minorenni all'articolo in commento.

L'autore sostiene che per quanto riguarda l'art. 317-bis c.c. e forse l'art. 252 c.c. si può ricorrere all'applicazione del secondo comma del novellato art. 38 disp. att. c.c. che prevede l'utilizzazione della procedura in camera di consiglio per i procedimenti inerenti le questioni di affidamento e di mantenimento dei figli minori ma per quanto riguarda gli ulteriori provvedimenti non si può ricorrere all'applicazione del rito camerale, poiché sempre secondo l'autore il rito in esame ha carattere tipico e necessita per l'appunto di una specifica previsione legislativa, perciò si deve utilizzare il rito ordinario ex art. 163 ss. c.p.c.

Secondo altri autori¹⁷² in commento alla legge sulla filiazione, il rito applicabile al procedimento ex art. 250 c.c. è la procedura in camera di consiglio ai sensi dell'art. 737 ss. c.p.c., argomentando dal presupposto dell'enunciato all'art. 732 c.p.c., in base al quale a tutti i procedimenti in materia di minori per cui la legge non ha previsto un rito specifico si applica il rito camerale, nonostante la modifica operata dalla l. n. 219/2012, per cui la competenza in merito al suddetto procedimento è stata devoluta al tribunale ordinario, ed alla luce di tali considerazioni tornando al profilo istruttorio, la cognizione piena non in senso ordinario ma nella accezione di una valutazione completa della fattispecie oggetto del giudizio deriva pertanto da una valutazione il più possibile rimessa alla libera discrezionalità del giudice che può ritenere opportuno o meno l'assunzione di un determinato mezzo istruttorio ad esempio.

In relazione alla previsione della facoltà del giudice di assumere dei provvedimenti provvisori ed urgenti, suscita alcuni dubbi l'enunciato << al fine di instaurare una relazione >>, si tratta infatti di

¹⁷⁰ (vedi Cass.civ.sez.I, 22 aprile 1981, n.2383, in Giust.civ.,1982,I,1025 con osservazioni di BIANCO)

¹⁷¹ (A.PROTO PISANI, Nota sul nuovo art. 38 disp.att.c.c e sui problemi che esso determina, in Foro.it.,2013,V,126)

¹⁷² (QUERZOLA, Riforma della filiazione e processo: nuove sfumature delle categorie giuridiche tradizionali, in Riv.trim.dir.proc.civ.,2013,1046)

una previsione unica del suo genere, infatti non si trovano all'interno dell'ordinamento delle previsioni analoghe che demandano all'organo giurisdizionali l'emanazione di provvedimenti volti ad instaurare una relazione tra persone, nel caso in cui al giudice viene demandato un provvedimento di natura costitutiva, il giudice parte sempre dalla verifica di una situazione di fatto come ad esempio nel caso di separazione e di divorzio, il giudice muove dal presupposto di fatto dell'intollerabilità della convivenza tra i coniugi, in questo caso invece assistiamo ad un diverso ruolo del giudice, il quale viene chiamato a creare una situazione di fatto, ovvero il rapporto tra il genitore e il figlio che acquisisce un nuovo status giuridico.

In conclusione il nuovo testo della norma non appare chiaro e privo di dubbi interpretativi, soprattutto in relazione alla mancata previsione dell'audizione del minore nel caso in cui non venga proposta l'opposizione dal genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento.

In merito alla previsione dell'audizione del minore rinvio al paragrafo successivo dove viene affrontata anche la suddetta questione relativa alla previsione dell'ascolto del minore nell'ambito del procedimento ex. art. 250, quarto comma c.c.

Riflessioni conclusive sull'audizione del minore

La legge n. 219/2012 ha introdotto l'art. 315-bis.c.c rubricata "Diritti e doveri dei figli" che prevede al terzo comma << il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.>>.

La previsione dell'audizione del minore come abbiamo visto precedentemente viene enunciata anche nel novellato art. 250, quarto comma c.c. nel quale viene criticata l'occasione perduta dal legislatore, nel porre fine una volta per tutte, al dibattito in merito all'obbligatorietà o meno dell'ascolto del minore, sorto a causa dell'utilizzo del termine "può", quando invece sarebbe stato più opportuno utilizzare il termine "dispone".

Tornando al nuovo art. 315-bis.c.c. la prima questione riguarda l'utilizzo della nuova terminologia <<ascolto>> a differenza della dizione utilizzata dall'art. 155-sexies.c.c, introdotto dalla legge n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso.

La suddetta disposizione aveva peraltro suscitato un vivace dibattito in merito alla presunta inidoneità rispetto alle convenzioni internazionali in materia¹⁷³, si era osservato che la novellata disposizione all'art. 155-sexies.c.c inserisce l'audizione del minore nell'ambito dei mezzi istruttori, vanificando così la portata innovativa della disposizione e l'intento di dare maggiore importanza all'opinione del minore nei procedimenti concernenti la tutela di propri diritti soggettivi, di renderlo così parte attiva in quei procedimenti, essendo titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili.

In un recente precedente della Corte di Cassazione¹⁷⁴, viene enunciato il principio per cui << l'audizione non rappresenta una testimonianza o altro atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione>>, precisando che tale procedimento assurge a dar voce, nell'ambito del giudizio, ai bisogni e alle necessità di cui è portatore il minore.

Non si tratta quindi di un potere processuale strumentale all'attuazione del principio del contraddittorio, ma di uno strumento atto a realizzare il preminente interesse del minore e per tale ragione come precisa la Cassazione, si può vietare l'interlocazione del minore con i genitori e i difensori di quest'ultimi.

Le convenzioni internazionali tra cui la Convenzione di New York all'art. 12 che enuncia il principio per cui le leggi dei vari stati firmatari devono dare al minore << la possibilità d'essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne>>, in seguito tale principio è stato ribadito in maniera più dettagliata, dalla Convenzione di Strasburgo del 1996 all'art. 6, per il quale l'organo giudicante non deve solamente tenere di conto dell'opinione del minore, ma deve informare il minore di tutte le questioni che lo riguardano e accertarsi che quest'ultimo abbia raggiunto un idoneo grado di consapevolezza della vicenda e gli siano state pervenute tutte le informazioni necessarie a tale scopo.

Inoltre è da tenere presente l'art. 23 del Regolamento CE n. 2001/2003, il quale prevede il divieto di riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali emanati senza il previo ascolto del minore.

Come abbiamo esaminato brevemente l'art. 155-sexies c.c. non è stato ritenuto adeguatamente rispondente ai principi esposti previamente delle varie convenzioni internazionali, seppure come

¹⁷³ (QUADRI, I figli nel conflitto familiare, in Quaderni di Notariato, 2013, 30, 211, Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie (Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012))

¹⁷⁴ (Cass.civ.sez.I, 10 giugno 2011, n. 12739, in Fam. e dir. 2012, 37, con osservazioni di TOMMASEO, Per una giustizia "a misura del minore": La Cassazione ancora sull'ascolto del minore cit.cass.civ.10 giugno 2011, n. 12739<< tale audizione non rappresentando una testimonianza o un altro atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni e i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto, deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione, e quindi con tutte le cautele e le modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, ivi compresa la facoltà di vietare l'interlocazione con i genitori e/o con i difensori, nonché di sentire il minore da solo...>>)

abbiamo precedentemente citato vi è stato l'intervento della Corte di Cassazione con varie pronunce in merito per chiarire i dubbi interpretativi in riferimento all'obbligatorietà dell'ascolto e all'esclusione dell'audizione del minore, era opportuno e necessario un intervento legislativo soprattutto in merito alle modalità dell'ascolto del minore, al fine di eliminare la variegata diversificazione esistente nella prassi degli organi giudiziari.

In relazione alla qualità di parte del minore, la Corte di Cassazione in un famoso precedente¹⁷⁵, in cui aveva enunciato il principio per cui l'audizione del minore deve essere necessariamente disposta dal giudice, salvo che tale procedura sia in contrasto con i suoi interessi fondamentali, precisando ulteriormente che l'esclusione della procedura in esame deve essere adeguatamente motivata in relazione alla sussistenza di comprovate ragioni che giustificano l'omissione; ha peraltro escluso che al minore potesse essere riconosciuta la qualità di parte formale, viceversa può essergli riconosciuta unicamente la qualità di parte in senso sostanziale, essendo il minore portatore di interessi contrastanti e antitetici con i propri genitori.

Esaminando il nuovo art. 315-bis.c.c la prima questione riguarda per l'appunto la contraddizione terminologica¹⁷⁶ utilizzata dal legislatore della riforma, come abbiamo chiarito previamente, il nuovo articolo utilizza la dizione "ascolto" che si allinea con una concezione rispondente ai principi delle convenzioni internazionali e alle soluzioni interpretative date dalla Corte di Cassazione, per cui tale strumento processuale deve essere atto alla comprensione delle necessità e dell'effettivo pensiero del minore; invece nell'art. 250, quarto comma c.c. il legislatore ha optato per utilizzare di nuovo il termine "audizione", una dizione tecnica che evoca più che altro una raccolta di informazioni da parte del giudice.

Il legislatore prevedendo con la legge n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso il nuovo art. 155-sexies c.c., ha cercato, pur con tutte le problematiche enunciate precedentemente, di adeguare il nostro ordinamento giuridico ai principi espressi dalle Convenzioni internazionali, imponendo l'audizione del minore, la quale può essere predisposta a seguito dell'art. 4 della l. n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso ai procedimenti di separazione, di divorzio e ai procedimenti concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli di genitori non coniugati, al contrario il nuovo art. 315-bis ha una portata ben più ampia e generica, ed estende tale diritto in capo al minore in tutti i procedimenti che lo riguardano, quindi sia nei procedimenti in cui è parte (come ad esempio nei procedimenti di status, adozione e nei procedimenti de potestate), ma anche nei procedimenti in cui non è prevista la

¹⁷⁵ (Cass.civ.,sez.un. 21 ottobre 2009, n. 22238, in Fam. e dir.,2010, 364 con osservazioni di GRAZIOSI, Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo)

¹⁷⁶ (DI GREGORIO, L'ascolto del minore nel quadro della riforma della filiazione, in Quaderni di Notariato, 2013, 30,218 Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie (Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012))

partecipazione di quest'ultimo (ad esempio separazione, divorzio, procedimenti ex. artt. 316 e 317-bis c.c.).

La novella n. 219/2012 con il nuovo art. 315-bis.c.c ha compiuto un passo ulteriore, poiché non si tratta solamente di un momento formale del procedimento ma bensì di un diritto soggettivo perfetto ed azionabile del minore ad essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo riguardano, che assurge al rango di un diritto inviolabile della persona.

La legge delega all'art. 2 lettera i) come esamineremo in seguito ha delegato il governo con una direttiva alquanto generica sulla previsione delle modalità di ascolto, le quali da sempre sono oggetto di vivace critica, essendo la prassi alquanto varia e diversificata nell'ambito degli organi giudiziari. In alcuni tribunali infatti si prevede che all'audizione del minore provveda direttamente il giudice istruttore, in altri casi si prevede che l'organo collegiale deleghi un componente di quest'ultimo organo, con l'assistenza di un operatore del servizio sociale, prevedendo anche che l'audizione possa essere svolta in un ambiente familiare al minore come la propria dimora o la scuola da lui frequentata, ancora in altri tribunali si prevede la cosiddetta audizione assistita del minore, che si svolge alla presenza del giudice, del difensore delle parti e di un esperto di psicologia nominato ai sensi dell'art. 68.c.p.c. Un'altra prassi consiste nell'audizione indiretta, ovvero un'audizione demandata ai servizi sociali che in seguito redigono un apposita relazione che perviene al giudice, una modalità alquanto criticata poiché priva dell'immediatezza del contatto tra il giudice e il minore.

La legge delega prevede solamente che le modalità dell'ascolto devono essere effettuate unicamente dal presidente del collegio o da un giudice delegato, anche se tale previsione¹⁷⁷ non farà altro che aumentare a dismisura il carico dei lavori ai magistrati togati.

La legge delega oltre alla previsione della predisposizione dell'ascolto ad opera del presidente del tribunale o di un giudice delegato tace sulle modalità con cui si dovrebbe attuare tale procedimento. Inoltre si rileva una prassi nei vari organi giudiziari volta a non predisporre un verbale delle dichiarazioni rese dal minore, ma bensì si limita a riportare le dichiarazioni riassuntive dell'organo preposto di volta in volta a procedere all'audizione del minore, così rendendo vana la necessità di attuare un rapporto immediato tra il giudice e il figlio minore.

Un'altra questione attiene alla previsione o meno della presenza del difensore delle parti, nella prassi si tende a procedere senza l'ausilio dei difensori dei genitori, nella convinzione che le dichiarazioni del minore possano essere influenzate o compromesse dalla presenza dei genitori.

¹⁷⁷ (vedi LUPOLI, La legge n. 219 del 2012 sullo stato giuridico dei figli: profili processuali, in La riforma della filiazione la legge 10 dicembre 2012, n. 219, 1°quaderno della scuola di formazione dell'osservatorio sul diritto di famiglia, 2013 PRO.FORM)

Nelle occasioni in cui venga ammessa la presenza del difensore delle parti si ritiene che quest'ultimo non possa porre delle domande dirette al minore ma possa solamente depositare prima dell'udienza delle memorie contenente le questioni da sottoporre all'attenzione del minore durante l'ascolto. Rimando alle eventuali riflessioni in merito allo schema del decreto legislativo approvato recentemente dal Consiglio dei ministri per quanto concerne le modalità previste dell'ascolto del minore.

Alcune riflessioni sullo schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri

Nell'ambito dello schema del decreto legislativo proposto dalla Commissione ministeriale per lo studio delle questioni giuridiche riguardanti la famiglia presieduta da Cesare Massimo Bianca, approvato dal Consiglio dei ministri in data 12 luglio 2013, il quale ha recentemente¹⁷⁸ ricevuto il parere favorevole dalle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato, sono presenti numerose norme volte ad introdurre le modifiche alla terminologia utilizzata precedentemente dal codice civile e dalle leggi speciali in merito alla dicotomia filiazione naturale/legittima, conformandosi così ai principi e alle direttive della delega prevista dalla legge n. 219/2012.

Nello schema del decreto viene adeguatamente sistemata la disciplina dei rapporti tra genitori e figli nel Titolo IX del primo libro del codice civile, rubricato con la denominazione "Della responsabilità genitoriale e dei diritti e dei doveri dei figli" e suddiviso in due capi.

Nel primo capo del nuovo Titolo IX troviamo le previgenti norme disciplinanti la responsabilità genitoriale e i doveri dei figli (artt. 315-329) e le norme disciplinanti la limitazione o la caducazione della potestà genitoriale (art. 330-336) e nel secondo capo vengono inserite le disposizioni che la legge sull'affidamento condiviso aveva previamente collocato nell'ambito della separazione consensuale, che ora trovano una nuova sistemazione nell'ambito degli artt. 337-bis-, 337-octies.c.c. L'art.337-bis.c.c. introduce il principio per cui le disposizioni seguenti << devono trovare applicazione in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità

¹⁷⁸ "lo schema del decreto legislativo è stato ritenuto dalle Commissioni, in merito alla conformità della legge delega 219/2012 " un equilibrato ed armonico sviluppo, in grado di ammodernare adeguatamente il codice civile, il codice di procedura civile e la restante legislazione in materia, in sintonia con l'evoluzione dei tempi e della coscienza sociale"

del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”, si precisa anche che l’art. 147.c.c, in merito ai doveri dei coniugi nei confronti dei figli, il novellato art. 155.c.c in materia di provvedimenti riguardo ai figli, e l’art. 6, secondo comma legge div. rinviino esplicitamente alle norme contenute nel secondo capo del nuovo Titolo IX, con la conseguente abrogazione degli artt. 155-bis-155-sexies c.c. e degli ulteriori commi dell’art. 6, legge div.

In uno dei primi commenti¹⁷⁹ allo schema del decreto legislativo proposto dalla commissione ministeriale, viene criticata la soluzione data in merito alla modifica dell’art. 316.c.c, che viene semplicemente arricchito con i contenuti precedentemente collocati nell’ambito dell’art. 317-bis.c.c, il quale articolo è stato oggetto di un vivace dibattito in merito alla presunta abrogazione tacita da parte della novella n. 219/2012 che ha provveduto ad eliminarlo dall’elenco dei provvedimenti contenuti nell’art. 38.disp.att.c.c ma non ha previsto nulla in riferimento all’abrogazione o alla modifica del suddetto articolo.

Si ritiene peraltro che la scelta operata dalla Commissione ministeriale di modificare l’art. 316.c.c, prevedendo di trasferire in questo procedimento concernente le controversie sull’esercizio della potestà, anche le questioni riguardanti l’affidamento e il mantenimento dei figli naturali, sia in palese contrasto con le previsioni introdotte dalla legge delega 10 dicembre 2012, n. 219, che ha previsto al secondo comma dell’art. 38.disp.att.c.c, l’applicabilità del rito camerale nei procedimenti inerenti l’affidamento e il mantenimento dei figli minori.

In relazione alla delega attribuita al governo in merito ai profili processuali, all’art. 2, primo comma lettere i) e p) della l. n. 219/2012, riguardanti rispettivamente, la previsione delle modalità attraverso le quali gli ascendenti possono far valere il proprio diritto di mantenere rapporti significativi con i figli (diritto enunciato nell’ancora vigente art. 155.c.c. introdotto dalla legge n. 54/2006) e l’introduzione di specifiche forme attraverso le quali debba verificarsi l’audizione del minore.

La Commissione ha optato per affidare all’art. 317-bis.c.c il diritto degli ascendenti al mantenimento di un rapporto continuativo con i propri nipoti il cui corollario trova collocazione nel nuovo art. 315-bis.c.c che prevede il diritto dei figli minori a poter mantenere un rapporto con i parenti, un diritto ribadito peraltro dal nuovo art. 337- bis c.c., nel quale viene riportato il contenuto dell’art. 155.c.c.

Si prevede che nel caso in cui il genitore ostacoli il diritto degli ascendenti di poter continuare ad instaurare una relazione affettiva con i propri nipoti, si ricada nell’ambito dell’abuso della potestà genitoriale ex. art. 333.c.c, pertanto l’ascendente potrà utilizzare la suddetta azione, la quale può essere azionabile dai soggetti indicati dall’art. 336.c.c.

¹⁷⁹ (TOMMASEO, Verso il decreto legislativo sulla filiazione: le norme processuali proposte dalla Commissione ministeriale, in Fam. e dir. 2013, 629)

Si ritiene che la modifica operata nell'art. 317-bis.c.c. non sia stata delle più opportune poiché viene specificato un potere che era già stato previsto nell'art. 336.c.c, in capo agli ascendenti, senza per altro innovare alcunché nell'ordinamento giuridico, si è peraltro operata tale scelta al fine di evitare la legittimazione agli ascendenti ad essere parti del giudizio di separazione e divorzio, una soluzione che la giurisprudenza della Cassazione ha sempre negato¹⁸⁰, sostenendo che la riforma operata dalla legge n. 54/2006 non ha attribuito agli ascendenti la titolarità di una vera e propria situazione giuridica soggettiva, poiché la disposizione si incentra sull'interesse del minore, non disponendo in capo ai nonni un equivalente e simmetrico diritto, quest'ultimi si troverebbero quindi in una posizione mediata e filtrata rispetto all'interesse del minore. Soprattutto viene ricordato dalla Corte che il presupposto processuale della legittimazione ad agire in giudizio è soggetto a riserva di legge e necessiterebbe in virtù di tale principio che il legislatore predisponesse una norma ad hoc.

Inoltre l'ostacolo maggiore all' ammissibilità di intervento nell'ambito del giudizio di separazione o di divorzio ex. art. 105.c.p.c, risiede proprio nell'oggetto del giudizio e nella legittimazione ad agire esclusiva dei coniugi disposta dall'art. 150.c.c, per cui non potrebbero delinearsi diritti relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo dedotto nel giudizio di separazione o di divorzio, o interesse di terzi a sostenere le ragioni delle parti, inoltre in relazione all'intervento ad adiuvandum, si ritiene impossibile configurare la titolarità di una situazione giuridica connessa con il rapporto giuridico dedotto in giudizio, tale per cui si riverserebbero i cosiddetti riflessi del giudicato, essendo il diritto dei nonni tutelato solo in maniera indiretta rispetto a quello dei minori, e soprattutto quest'ultimi non rivestono la qualità di parte nell'ambito del giudizio di separazione o di divorzio, dunque per questo motivo in primis si è sempre ritenuto inammissibile l'intervento degli ascendenti.

Con la novella n. 219/2012 è stato riconosciuto agli ascendenti una piena situazione giuridica soggettiva al mantenimento di un rapporto continuativo con i figli minori, e pertanto si ritiene che la mera previsione dell'art. 336.c.c, ad opera dello schema del decreto legislativo, sia riduttiva e si poteva trovare un'altra soluzione più adeguata, almeno ritenendo ammissibile il loro intervento nei giudizi concernenti l'esercizio della potestà parentale.

In merito alla delega concernente la procedura dell'ascolto del minore, quest'ultima contenuta alla lettera i), si limita a prevedere che l'ascolto sia predisposto dal presidente del tribunale o dal giudice delegato, si tratta di un'ampia e generica delega ritenuta insoddisfacente visto l'ampio dibattito dottrinale in relazione alle modalità dell'ascolto del minore.

¹⁸⁰ (Cass.civ.,16 ottobre 2009, n. 22081 in Dir.fam e persone, 2010, 1547, con osservazioni di DANOVI)

Lo schema del decreto legislativo ha previsto l'introduzione dell'art. 336-bis.c.c nell'ambito dei provvedimenti de potestate, quando invece sarebbe stato più opportuna una differente collocazione nel codice di procedura civile, nelle disposizioni generali riguardanti le parti.

Il contenuto dell'art. 336-bis.c.c prevede che << se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato>>, in riferimento alla clausola di superfluità è stato osservato¹⁸¹ che tale riferimento "appare equivoco e pericoloso" (cit. Tommaseo), poiché il diritto del minore ad essere ascoltato non si configura come un mezzo istruttorio alla stessa stregua di una dichiarazione di scienza, ma rileva come mezzo al fine del quale prendere conoscenza dell'effettivo pensiero del minore, e tale diritto che si configura come un diritto soggettivo perfetto ed azionabile, può essere escluso solamente in presenza di comprovate ragioni contrarie al preminente interesse del minore. L'audizione del minore è prevista anche dal nuovo art. 337-octies.c.c rubricato "poteri del giudice e ascolto del minore", il quale contiene il contenuto quasi identico dell'art.155-sexies.c.c, con l'aggiunta peraltro della discussa previsione << il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo>>.

Il nuovo articolo 336-bis.c.c prevede che i genitori, i loro difensori, il pubblico ministero e nel caso sussista il curatore speciale, possano assistere all'ascolto del minore previa autorizzazione del giudice, si prevede inoltre che in ogni caso quest'ultimi soggetti hanno la facoltà di proporre argomenti o temi di approfondimento.

L'autorizzazione del giudice è esclusa nel caso in cui si possa dar luogo all'ascolto protetto attraverso idonei mezzi tecnici, come è stato previsto dal nuovo art. 38-bis.disp.att.c.c.

Si prevede inoltre al nuovo art. 336-bis.c.c la redazione del verbale della procedura d'ascolto o se è possibile una registrazione audio-visiva, il verbale deve riportare il contegno del minore, quest'ultima previsione si spiega in ragione della possibile presenza di un turbamento dell'animo del minore visto la delicata situazione in cui si trova a suo malgrado.

¹⁸¹ (TOMMASEO, Verso il decreto legislativo sulla filiazione: le norme processuali proposte dalla Commissione ministeriale, in Fam. e dir. 2013, 633)